

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

Departamento de Derecho Privado

Área de Derecho Mercantil

Programa de doctorado de Ciencias Jurídicas y Políticas.

**EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LA
COMERCIALIZACION A DISTANCIA DE
SERVICIOS FINANCIEROS A CONSUMIDORES**

Joaquín José NOVAL LAMAS

Director: Profesor Dr. D. Agustín MADRID PARRA

SEVILLA, 2.017

**CAPITULO I.- LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS
FINANCIEROS DESTINADOS A LOS CONSUMIDORES : LA LEY 22/2007,
DE 11 DE JULIO.**

I.1. Introducción. Objeto del trabajo y metodología.

El objeto del presente trabajo de investigación se centra en el derecho de desistimiento -entendido como la facultad del consumidor que le permite poner fin a una relación contractual de forma libre durante un determinado plazo¹- en un sector concreto del Ordenamiento Jurídico: la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores.

Su importancia ha sido destacada por la doctrina, que lo ha calificado como el principal instrumento de protección establecido a favor del consumidor en la normativa que regula la comercialización a distancia de servicios financieros², normativa que viene constituida fundamentalmente por la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores³ (en adelante, LCDSFC). Por su parte, otros autores afirman que desempeña el *papel estelar* dentro del esquema de protección diseñado por la Ley⁴.

La regulación general de este derecho se contiene en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre⁵ (en adelante, TRLCU), y en términos generales, ha sido calificado por la doctrina como

¹ MIRANDA SERRANO, L.M., “Claves de la regulación del desistimiento negocial en la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores, en *Estudios de Derecho Mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* (PETIT LAVALL, M.V., coord.; CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUERTES, J., ALONSO ESPISONA, F.J., GALLEGÓ SÁNCHEZ, E., dir.), Valencia, 2013, pág. 1182.

² MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*. Madrid, 2010, pág. 51.

³ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007.

⁴ En palabras de GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Artículo 1. Objeto. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), Madrid, 2011, pág. 1836, el papel estelar corresponde al derecho de desistimiento frente al derecho de información pre y post-contratual, que desempeñaría el *primer papel secundario*.

⁵ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

el *instrumento estrella* entre los mecanismos de protección específicos de los consumidores y usuarios⁶.

Sin embargo, entendemos que el derecho de desistimiento no sólo se configura como un instrumento protector del consumidor, sino que supone un *plus*. El enfoque exclusivamente protector del consumidor es parcial, pues esta facultad de extinguir la relación jurídica constituye una institución que incentiva la contratación⁷, fomenta la competencia entre empresarios, y por tanto facilita el buen funcionamiento del mercado⁸. Dada la integración de nuestro país en la Unión Europea⁹, el mercado al que nos referimos no es sólo el mercado nacional, sino el denominado *mercado interior*¹⁰

⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de desistimiento”, en *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.), Madrid, 2011, pág. 1227.

⁷ DIÉGUEZ OLIVA, R., “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, 2009, pág. 8, tras indicar que la finalidad del desistimiento es ofrecer al consumidor una vía rápida y eficaz de desvincularse del contrato sin tener que recurrir a los remedios generales, tales como la nulidad o la anulabilidad, añade que “*responde no sólo a razones jurídicas sino también económicas en el sentido de incentivar el consumo, a sabiendas de la posibilidad de desligarse posteriormente del contrato sin tener que alegar causa alguna*”, concluyendo que “*cobran mayor peso las cuestiones políticas que las jurídicas, en la medida que serán razones de dicha índole las que justifiquen el reconocimiento del derecho de desistimiento unilateral del contrato a favor del consumidor, en tanto que con la misma se incentive la contratación en concretos ámbitos económicos*”.

⁸ En tal sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de desistimiento”, en *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.), Madrid, 2011, pág. 1259, para quien el derecho de desistimiento, además de proteger la voluntad contractual del adquirente, cumple otras finalidades, como la de constituir un modo indirecto de protección de la competencia al permitir al adquirente comprobar otros productos y compararlos durante el plazo de ejercicio del desistimiento; servir de mecanismo normalizador de los mecanismos de venta, pues los empresarios del sector, para evitar los desistimientos masivos, serán los primeros interesados en que las ventas sean queridas realmente por el consumidor; o actuar como mecanismo sustitutivo de acciones judiciales por los consumidores.

⁹ De acuerdo con lo previsto en el Tratado de Lisboa (apartado tercero del artículo 1 del Tratado de la Unión), la Unión Europea “*sucedará y sustituirá a la Comunidad Europea*” cuyo Tratado constitutivo pasa a denominarse “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

¹⁰ El concepto de *mercado interior* surge a mediados de los ochenta con la denominada *Acta Única Europea*. Si bien el objetivo de alcanzar un mercado común o único ya estaba en el origen de la Comunidad en el Tratado de Roma de 1957, las imperfecciones existentes en el establecimiento de las libertades básicas para su obtención –libertad de circulación de bienes, personas, servicios y capitales– llevaron a abordar su resolución mediante la elaboración por la Comisión del “Libro Blanco sobre el logro del mercado interior”, presentado en la cumbre de Milán de junio de 1985, que enumeraba hasta 300 nuevas disposiciones que tratarían de abolir las distintas fronteras existentes para lograrlo, es decir, la física, la técnica y la fiscal. El apoyo jurídico de estas nuevas medidas a adoptar se plasmó en una reforma de los Tratados mediante la convocatoria de una Conferencia Intergubernamental que se celebró en el segundo semestre de 1985 y que culminó con la adopción de un nuevo Tratado, coetáneo a la tercera ampliación de la Comunidad al integrarse Portugal y España, que se denominó Acta Única Europea y fue firmado en Luxemburgo y en La Haya los días 17 y 28 de febrero de 1986.

por la normativa comunitaria. De ahí que el principal impulsor de esta figura ha sido –y continúa siendo– el Derecho comunitario, que se ha constituido en la primera fuente del Derecho en la materia.

Este carácter esencial del derecho de desistimiento ha sido acogido también por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha llegado incluso a establecer que el derecho de desistimiento y la obligación del empresario de informar sobre su existencia son cuestiones de interés público. Esta consideración de interés público del derecho le permite concluir que un Tribunal nacional puede aplicar de oficio la normativa sobre el derecho de desistimiento y declarar la anulabilidad del contrato en el que no se haya cumplido el requisito de hacer constar su existencia, a pesar de no haberse alegado estas cuestiones por el consumidor demandado en el procedimiento de reclamación por parte del empresario¹¹.

En suma, el derecho de desistimiento, configurado al mismo tiempo como institución de defensa del consumidor y como institución impulsora del buen funcionamiento del mercado, deviene en una figura esencial de nuestro Ordenamiento jurídico actual que le hace merecedor de este estudio¹².

¹¹ Se trata de la Sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 2009, asunto C-227/08. Los hechos que dan lugar a la misma, muy resumidamente, son los siguientes: la sra. Martín Martín adquiere en su domicilio unos libros y DVD comercializados por EDP Editores, SL, en cuyo contrato no se advierte sobre la existencia del derecho de revocación (según la terminología de la norma vigente en aquel momento). La señora Martín no abona el importe de lo adquirido, por lo que EDP interpone una reclamación mediante procedimiento monitorio, que es estimado. En el marco del recurso de apelación interpuesto por la consumidora, la Audiencia Provincial de Salamanca se plantea la posibilidad de declarar la anulabilidad del contrato por incumplimiento del deber de informar sobre el derecho de desistimiento, de oficio, al no haber sido alegado por la recurrente, y plantea la petición de decisión prejudicial al TJUE. Este considera que, en principio, las normas procesales impiden al Tribunal decidir sobre la nulidad de un contrato que no ha sido solicitada por las partes, puesto que “*el juez sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales, en los que el interés público exige su intervención (véanse las sentencias antes citadas Van Schijndel y van Veen, apartado 21, y van der Weerd y otros, apartado 35)*”. A continuación, analiza la Directiva que establece el derecho de revocación y la obligación del empresario de informar sobre su existencia (puesto que “*el consumidor no puede ejercer un derecho de revocación si desconoce su existencia (sentencia de 13 de diciembre de 2001, Heininger, C-481/99, Rec. p. I-9945, apartado 45)*” para concluir en el párrafo 28 de la sentencia que “*encierra un interés público que, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 20 de la presente sentencia, puede justificar una intervención positiva del juez nacional con el fin de subsanar el desequilibrio existente entre el consumidor y el comerciante en el marco de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales*”. Un comentario sobre la resolución puede encontrarse en MIRANDA SERRANO, L.M., “El interés público del deber de informar al consumidor del desistimiento negocial. A propósito de la STJUE y la SAP Salamanca en el asunto Martín Martín/ EDP Editores S.L.”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, (Coord. PILOÑETA ALONSO, L.M., IRIBARREN BLANCO, M.), Cizur Menor, 2011, págs. 475-494.

¹² OLIVA BLAZQUEZ, F., “Artículo 1256”, *Código Civil comentado* (CAÑIZARES LASO, A. y otros, Dir.), Volumen III, Cizur Menor, 2011, pág. 607 se refiere a la “*entronización*” del derecho de

Por otro lado, el derecho de desistimiento no constituye una institución rígida e inmóvil sino que se encuentra inmersa en un proceso de cambio y adaptación, debido no sólo a la práctica mercantil en su aplicación, sino también por la evolución del proceso de armonización del Derecho privado europeo. Como analizaremos en el capítulo II, el derecho de desistimiento ha sido regulado por diversas Directivas comunitarias hasta llegar a la normativa vigente en el marco de la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores. Pero, también con posterioridad y tanto en el plano comunitario como en el estatal, ha sido objeto de regulación en normas o en instrumentos jurídicos no vinculantes, como analizaremos en el capítulo IV¹³.

Por su parte, la doctrina científica también se muestra favorable a diversas modificaciones en su regulación para perfeccionar su régimen, destacando a este respecto la iniciativa de una parte importante de la doctrina alemana que propugna una revisión crítica del *acquis* comunitario de consumo. Para este sector doctrinal, es precisa una revisión crítica del acervo comunitario, de tal modo que donde pueda demostrarse que una regla que persigue proteger a los consumidores no lo consigue, debe ser descartada¹⁴. Entre las cuestiones que incluyen en sus propuestas de reforma, se incluye precisamente el derecho de desistimiento.

desistimiento unilateral por el Derecho del consumo como uno de los instrumentos jurídicos más importantes otorgados al consumidor.

¹³ Entre las normas, debemos citar a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (publicada en DOCE núm. L 304/64, de 22 de noviembre de 2011) o la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 (publicada en DOCE núm. 60, de 28 de febrero de 2014), así como a la norma de transposición de la primera, Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014). En cuanto a los instrumentos normativos no vinculantes o aún pendientes de aprobar como norma, puede citarse el Marco Común de Referencia, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea (Publicada por la Comisión Europea en fecha 11 de octubre de 2.011, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD) y, a nivel estatal, la Propuesta de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Publicada por el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, enero 2009, Año LXIII) y la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (Publicada en junio de 2013 por el Ministerio de Justicia.).

¹⁴ EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los*

El derecho de desistimiento, específicamente en el sector financiero, también resulta del máximo interés. Se trata de un sector que ha sido siempre muy activo en cuanto a la innovación¹⁵. De ahí su carácter pionero en la utilización de medios informáticos para la prestación de servicios y, posteriormente, de medios electrónicos para su comercialización¹⁶. Con ello, las entidades financieras amplían mercados y reducen costes¹⁷, alcanzando de este modo la comercialización electrónica de servicios financieros un desarrollo excepcional que, junto con las peculiaridades de su régimen jurídico, justifican la especial atención que le dedicaremos.

Sin embargo, debemos realizar algunas puntualizaciones. De un lado, debe tenerse en cuenta que el derecho de desistimiento es un complemento natural del derecho a la información que imbuje toda la normativa protectora de los consumidores, de tal modo que ambos se convierten en dos caras de la misma moneda¹⁸ que se

consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011, CAMARA LAPUENTE, S. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coord.), Madrid, 2012, págs. 107-162.

¹⁵ Aunque el tema es prolijo en la doctrina económica, puede consultarse por todos LARRÁN JORGE, M. y MURIEL DE LOS REYES, M.J., “La banca por internet como innovación tecnológica en el sector bancario”, *Investigaciones europeas de dirección y economía de la empresa*, vol. 13, nº 2, 2007, págs. 145-153. Según estos autores, desde los años sesenta y de forma ininterrumpida, la innovación ha estado presente en el sector bancario, pudiendo definirse como el proceso de adecuación de la oferta a la demanda de la clientela y de los mercados. La innovación tecnológica en este sector, dada la evolución de los mercados financieros, la creciente cultura financiera de los clientes y por tanto la mayor volatilidad de las relaciones así como la reducción de los márgenes de intermediación, resulta ser clave para el éxito de las entidades financieras e incluso, para su supervivencia.

¹⁶ SÁNCHEZ ASIAÍN, J.A., *Reflexiones sobre la banca. Los nuevos espacios del negocio bancario*, Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. José Angel Sánchez Asiaín y contestación del Excmo. Sr. D. Enrique Fuentes Quintana, Sesión del 26 de mayo de 1987, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1987, pág. 55, indica que “*es evidente que la innovación constituye hoy una preocupación permanente, tanto por lo que tiene de problema teórico en sí, como por su valor económico, porque se trata de un eficaz mecanismo captador de cuota de mercado; aún más, podría decirse que constituye requisito esencial para la pervivencia de las instituciones financieras. Dos caracteres tiene la innovación bancaria. Uno, la riqueza de sus formas, sobre un número limitado de planteamientos básicos. Otro, el de la radicalidad de la apuesta innovadora, que siendo tan amplia, es también muy profunda, ya que es la banca la que permanentemente se está innovando a sí misma*”.

¹⁷ En tal sentido, PALÁ LAGUNA, F., “Contratación de fondos de inversión a través de Internet en el mercado único de la Unión Europea”, en la obra colectiva *Derecho de Internet* (coord. MATEU DE ROS, R y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M.), Madrid, 2000, pág.523, para quien “*es de todos conocido que Internet está afectando profundamente a la evolución de los servicios financieros. Internet ofrece, a bajo coste, inmediatez, flexibilidad e interactividad, fomentando la capacidad de los servicios financieros para llegar al inversor final*”.

¹⁸ En tal sentido, LLÁCER MATA CÁS, M. R., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho del Consumo: información y documentación”, en *Estudios de Derecho de*

complementan, aunque el derecho de desistimiento es un añadido al derecho de información. En efecto, como indica la doctrina, el desistimiento no se relaciona necesariamente con la falta de información, el consumidor puede desvincularse del contrato aun cuando se le haya suministrado toda la información pertinente¹⁹.

Por otro lado, el legislador, tanto el comunitario como el nacional, es consciente de que para conseguir un mercado que inspire confianza en el consumidor es necesario que éste pueda formar debidamente su voluntad de contratar y prestar su consentimiento con plenas garantías. Y eso sólo puede obtenerse si previamente a la contratación, en la fase de negociaciones o tratos preliminares, ha tenido toda la información necesaria a su disposición²⁰ y si, además, después de contratar, goza de la posibilidad de arrepentirse, de retractarse libremente del consentimiento prestado. El derecho de información, entendido como principio de transparencia informativa²¹, alcanza así un lugar destacado en la normativa que va a ser objeto de nuestro análisis²².

Esta necesaria doble protección del consumidor y del mercado a través del derecho de información y del derecho de desistimiento ha sido también acogida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De acuerdo con su jurisprudencia, y referido a la contratación fuera de establecimiento mercantil –históricamente, la primera en incluir

Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez (coord. LLAMAS POMBO, E.), Tomo II, Madrid, 2006, págs. 149-179. Para esta autora, “la posición del consumidor se garantiza a través de la obligación de informar, de una revitalización del formalismo y de la concesión de facultades unilaterales de impugnación (desistimiento)”, pág. 152.

¹⁹ En tal sentido, DE LA MAZA GAZMURI, I., “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, nº 2 (2010), pág. 36, para quien el desistimiento se relaciona realmente con *problemas de racionalidad imperfecta del consumidor*, ya que “éste no resulta capaz de evaluar adecuadamente la cláusula o el bien o servicio que está adquiriendo”.

²⁰ Sobre el derecho del consumidor a la información en la fase de tratos preliminares, puede consultarse AZNAR GINER, E., *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2010, págs. 61-71, que hace un recorrido por las distintas normas donde se contempla este derecho. En su opinión, el consumidor, normalmente en una posición de inferioridad frente al comerciante o empresario, precisa un “plus” de información sobre el objeto del contrato y sus circunstancias materiales, físicas y jurídicas, información cuya obtención sería difícil y costosa de obtener”. De ahí que la normativa protectora del consumidor imponga esas obligaciones al empresario.

²¹ En tal sentido, TAPIA SÁNCHEZ, M.R. “La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, pág. 29.

²² Sobre el derecho de información en la LCDSFC ya hemos tenido ocasión de aproximarnos a su régimen jurídico: NOVAL LAMAS, J. J., “El derecho de información en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 126, 2012, págs. 215-245.

el derecho de desistimiento-, “*el régimen de protección introducido por la Directiva no sólo implica que el consumidor, como parte débil, disponga de un derecho a rescindir el contrato, sino también que tenga pleno conocimiento de sus derechos, siendo informado de ellos expresamente por escrito*”²³.

Por otro lado, debe tenerse presente que aunque la LCDSFC regula en general los servicios financieros comercializados a distancia, nosotros centraremos nuestra atención especialmente sobre aquellos prestados, negociados y celebrados por medios electrónicos, puesto que esta modalidad es la más frecuente y la que presenta mayor interés²⁴, llegando a indicar la doctrina que la contratación electrónica constituye el foco principal de los contratos a distancia de servicios financieros²⁵.

²³ Sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 2009, asunto C-227/08, parágrafo 26. Y es que, como indica el Tribunal, “23. La Directiva garantiza la protección del consumidor teniendo en cuenta precisamente este desequilibrio, estableciendo en su favor, en primer lugar, un derecho de revocación. En efecto, el objetivo de este derecho es precisamente compensar la desventaja que deriva para el consumidor de la negociación fuera de los establecimientos comerciales dándole la posibilidad de considerar las obligaciones que resultan del contrato durante un período de al menos siete días (véase, en este sentido, la sentencia Hamilton, antes citada, apartado 33). 24 Con el fin de reforzar la protección del consumidor en una situación en la que se encuentra desprevenido, la Directiva exige asimismo, en su artículo 4, que el comerciante informe al consumidor por escrito de su derecho a rescindir el contrato, y de los requisitos y modalidades de ejercicio a los que está sometido tal derecho”.

²⁴ En efecto, la ley contempla en su art. 4.3. como técnicas de comunicación a distancia cuya utilización delimita su ámbito de aplicación material tanto los medios electrónicos como los telemáticos, telefónicos, fax o similares. Precepto que debe complementarse con lo previsto en el art. 92 del TRLCU, que, en su redacción original y transponiendo al Derecho nacional el Anexo I de la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE núm. L 144, de 4 de junio de 1997), consideraba como técnicas de comunicación a distancia, entre otras, los impresos, con o sin destinatario concreto; las cartas normalizadas; la publicidad en prensa con cupón de pedido; el catálogo; el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audiotexto; la radio; el teléfono con imagen; el videotexto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un ordenador o de la pantalla de televisión; el correo electrónico; el fax y la televisión. En la actualidad, no obstante, tras la promulgación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se transpuso la Directiva 2011/83/UE sobre protección de consumidores al ordenamiento español, la redacción del art. 92.1, 2º párrafo establece que tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia exclusivamente el correo postal, internet, el teléfono o el fax.

En cualquier caso, es evidente que alguna de estas técnicas de comunicación a distancia carece de utilización en el sector financiero –como puede ser la venta por catálogo o la venta por radio- y otras, aunque sí gozan de gran predicamento –como ocurre con la contratación telefónica-, no alcanzan la frecuencia y el desarrollo que tiene la contratación electrónica, hasta el extremo de que no existe una sola entidad financiera que no disponga de una página *web* desde la que acceder a multitud de servicios. Aunque es cierto que su existencia viene impuesta en el art. 2 de la Ley 56/2007, de 28 de Diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007), que establece la obligación de contar con un medio de interlocución telemática para la prestación de servicios de especial trascendencia económica a aquellas empresas que superen determinados umbrales de facturación y número de empleados y presten determinados servicios, entre los que se encuentran los “servicios financieros destinados a consumidores, que incluirán los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros.” Este medio de interlocución telemática permitirá al consumidor al

Finalmente, dentro del amplio campo de los servicios financieros, nos centraremos específicamente en el sector bancario. Y ello, no porque no resulten de amplia utilización las técnicas de contratación a distancia en materia de seguros²⁶ o mercados de valores²⁷, sino por la simple razón de delimitar el ámbito de estudio.

Para abordar el objeto de nuestra investigación, partiremos en este capítulo de la norma legal que regula el derecho de desistimiento, analizando sus aspectos generales y características principales. En el siguiente capítulo abordaremos el encuadramiento de la figura dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto. En el capítulo tercero, abordaremos el régimen jurídico del derecho, con referencia expresa a las excepciones legalmente previstas del mismo. Finalmente, dedicaremos el cuarto y último capítulo a un breve análisis de las regulaciones y propuestas más recientes que, aunque no se refieran al ámbito financiero, delimitan sus contornos actuales y adelantan lo que puede ser la regulación del mismo en el futuro.

En todos estos aspectos, nos ceñiremos –como no puede ser de otro modo- a la regulación legal, pero sin olvidar la abundante²⁸ doctrina publicada al respecto, así

menos la contratación electrónica de servicios, suministros y bienes, la modificación y finalización o rescisión de los correspondientes contratos, así como cualquier acto o negocio jurídico entre las partes, sin perjuicio de lo establecido en la normativa sectorial. En la práctica, esta obligación legal es ampliamente superada por la multitud de operaciones y contratos a que tiene acceso el cliente de servicios financieros.

²⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Madrid, 2009, pág. 83.

²⁶ Sobre la comercialización a distancia de seguros en general, puede consultarse MEDRANO MARTINEZ, E., “Comercialización e información a través de internet”, en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 407-413; y sobre el derecho de desistimiento en concreto, CAMACHO PEREIRA, C., “Reflexiones sobre el ejercicio del derecho de desistimiento en la contratación electrónica de seguros por consumidores”, en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 415-433.

²⁷ No debe olvidarse, en tal sentido, que el primer sector económico que fue objeto de electrificación es precisamente el del mercado de valores, pues ya la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988) contemplaba la representación de valores mediante anotaciones en cuenta. El art. 9 de la referida norma establecía que la transmisión de los valores se llevaría a cabo por transferencia contable, produciendo la inscripción en el Registro correspondiente de la transmisión a favor del adquirente los mismos efectos que la tradición o entrega de los títulos físicos a los que venía a sustituir.

²⁸ Especialmente, desde la publicación de la Directiva 2011/83/UE y aún más desde la promulgación de la reforma del TRLCU, por la Ley 3/2014, se ha producido una verdadera avalancha de artículos publicados por la doctrina sobre la nueva regulación en general y, sobre el derecho de desistimiento, en particular.

como la menos frecuente jurisprudencia de nuestros Tribunales, aún muy reducida pero que ya incluso ha permitido al Tribunal Supremo pronunciarse sobre algunos aspectos.

I.2. El Derecho del comercio electrónico, como punto de partida de la Ley 22/2007.

La comercialización a distancia de servicios financieros, y en concreto, el derecho de desistimiento reconocido al consumidor, se enmarca en la regulación del llamado comercio electrónico.

La utilización de medios electrónicos en la actividad empresarial y comercial constituye el presupuesto de hecho del comercio electrónico que, a su vez, desarrolla dos roles diversos: de un lado, el comercio electrónico constituye un nuevo soporte para la actividad comercial; de otro, supone un nuevo mercado en el que desarrollar la actividad comercial²⁹.

En efecto, en primer lugar, el comercio electrónico supone una nueva forma de contratación, puesto que la utilización de medios electrónicos va a sustituir a la voz y al papel como modos de emitir la voluntad para contratar y de documentar físicamente la acreditación de las manifestaciones de voluntad.

Por otro lado, el comercio electrónico supone la aparición de un nuevo concepto de mercado, que ya no es el establecimiento físico donde se ubica el comerciante; ni siquiera, es preciso ya que el empresario salga de su establecimiento comercial y visite a los clientes en sus propios domicilios o lugares de trabajo, sino que se ha creado un ámbito no material sino virtual³⁰.

El comercio electrónico se regula en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio

²⁹ En tal sentido, ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, 2ª edición 2009, pág. 33.

³⁰ En tal sentido, MADRID PARRA, A., “El negocio jurídico electrónico”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 28, junio 2002, págs. 3-62, versión electrónica, para quien “*las posibilidades de telecomunicación y transmisión electrónica de datos está cambiando la configuración e incluso el propio concepto de mercado, que deja de ser un espacio físico único para situarse «inmaterializado» en las redes de comunicaciones*”.

electrónico³¹ (en adelante, LSSI), norma que contiene la trasposición al Derecho interno de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior³². Además, es preciso destacar la importancia que tiene en este ámbito la normativa supranacional, en concreto la emanada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), establecida mediante Resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966 para promover la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

En una sociedad globalizada como la actual y en la que las relaciones internacionales son habituales, se hace necesaria una regulación uniforme en todos los Estados. Pero esta necesidad es aún mayor en el caso del comercio electrónico donde no existen fronteras físicas ni tampoco los obstáculos que supone la necesidad de transportar las mercaderías de uno a otro lugar. Es por ello por lo que la Comisión ha elaborado distintos instrumentos jurídicos, de diverso rango y vinculación³³, sobre comercio electrónico.

³¹ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

³² DOCE núm. L 178, de 17 de julio de 2000.

³³ La Comisión, cuyo mandato es la modernización y armonización del Derecho Mercantil internacional, utiliza diversos instrumentos legislativos en función de las materias y circunstancias, tal y como se recoge en la Guía de la Comisión (puede consultarse en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/12-57494-Guide-to-UNCITRAL-s.pdf>, última consulta el 5 de mayo de 2017). Básicamente, son tres: a) *Convenciones y convenios*. Una convención o un convenio se concibe para unificar el derecho al establecer obligaciones jurídicas vinculantes una vez que el Estado lo ratifique. A menudo una convención se utiliza cuando el objetivo es lograr un alto grado de armonización del derecho de los Estados participantes, reduciendo así la necesidad de que un Estado parte deba realizar investigaciones sobre el derecho de otro Estado parte. b) *Leyes modelo*. Una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para su adopción e incorporación a su derecho interno. es un medio adecuado para la modernización y armonización de las leyes nacionales si se prevé que los Estados desearán o necesitarán introducir modificaciones en el texto del modelo para ajustarlo a las necesidades de cada país, que varían en función de cada ordenamiento jurídico, o cuando no sea necesaria o conveniente una estricta uniformidad. Precisamente esa flexibilidad contribuye a que la ley modelo sea potencialmente más fácil de negociar. c) *Guías legislativas y recomendaciones*. Por varias razones, no siempre es posible redactar disposiciones específicas de una manera adecuada o separada, como por ejemplo una convención o ley modelo, para su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales. Los ordenamientos jurídicos nacionales a menudo utilizan técnicas y criterios legislativos muy dispares para resolver una determinada cuestión; los Estados tal vez aún no estén preparados para llegar a un acuerdo sobre un criterio único o una regla común; tal vez no exista consenso sobre la necesidad de encontrar una solución uniforme para un determinado problema; o quizás existan diferentes niveles de consenso sobre las cuestiones clave de un tema particular y sobre la manera en que deberían abordarse. En tales casos, tal vez sea adecuado no tratar de elaborar un texto uniforme, sino limitarse a la formulación de principios o recomendaciones legislativas.

Así, se ha aprobado por la Comisión la Ley Modelo sobre comercio electrónico, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 51/162, de 16 de diciembre de 1996, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, adoptada por Resolución 60/21 de 23 de noviembre de 2005³⁴. Textos que han sido muy influyentes sobre la Directiva 2000/31/CE y, por consiguiente, sobre la ley de trasposición al Derecho interno, la LSSI³⁵.

La consecuencia lógica de que la comercialización a distancia de servicios financieros se enmarque en el comercio electrónico es que su regulación, contenida en la LSSI, tenga carácter supletorio respecto de la LCDSFC, según se establece en el art. 1 de la propia norma legal³⁶.

³⁴ MADRID PARRA, A., “Contratos electrónicos y contratos informáticos”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 111, enero 2011, págs. 5-35, versión electrónica. Indica que “durante la primera mitad de la década de los años noventa la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI / UNCITRAL) trabajó en un proyecto de Ley Modelo sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con el “intercambio electrónico de datos” (EDI). Las sucesivas versiones del anteproyecto de Ley Modelo se intitulaban “sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos”. Al final, una vez concluido el proyecto de Ley Modelo, se constató que, en los años transcurridos durante los debates y elaboración del mismo, las circunstancias habían cambiado. Al principio, la novedad recaía sobre el EDI, en cuanto lenguaje normalizado entre ordenadores utilizados por los empresarios en redes cerradas. Después, el centro de gravedad y atención se desplazó hacia una nueva expresión ampliamente utilizada y referida a redes abiertas: “comercio electrónico”. Así, finalmente, vio la luz la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (1996/98). Este modelo de ley constituye el marco que han seguido bastante fielmente la mayoría de los Estados (aproximadamente la mitad de los existentes en el mundo) que han dictado disposiciones regulando en materia de comercio electrónico”.

³⁵ Sobre el Derecho Uniforme en general puede consultarse MADRID PARRA, A., “El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica”, en la obra colectiva *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas* (coord. MADRID PARRA, A., GUERRERO LEBRON, M.J.), Madrid, 2007, págs. 39-113.

³⁶ La ley establece la aplicación supletoria de normas de diversa temática y procedencia. Así, además de la remisión a la LSSI, se establece el carácter supletorio de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, demás normativa de aplicación general a los consumidores, y de la normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso. Debe tenerse en cuenta que aunque el art. 1 de la LCDSFC se remite al Capítulo II del Título III y Disposición adicional primera de la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del comercio minorista (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1997), las normas sobre contratación a distancia se encuentran reguladas en la actualidad en el TRLCU que, no obstante, no deroga la normativa contenida en la Ley 7/1996, si bien ésta queda tan sólo “vigente para la regulación de las relaciones empresariales”, según se indica expresamente en su Exposición de Motivos, regulando el TRLCU lo relativo a las relaciones entre empresarios y consumidores. Por otro lado, la referencia a la demás normativa de protección de consumidores es un claro ejemplo de técnica legislativa deficiente, pues hasta ese momento el precepto no se ha referido a ninguna normativa de consumidores, siendo por tanto la referencia a “demás” totalmente incorrecta. Debe tenerse en cuenta no obstante que al momento de promulgarse la LCDSFC esa normativa general de consumidores era muy amplia, abarcando no sólo la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de consumidores y usuarios (BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984), sino también otras normas como la Ley 26/1991, de 21

El comercio electrónico, como nueva realidad fruto de la aparición de las nuevas tecnologías, requiere de la existencia de un nuevo Derecho que se acomode a sus características y que regule los diversos problemas que plantea. Ese nuevo Derecho tiene algunas reglas básicas, que son universales y resultan aceptables para todo Ordenamiento jurídico que pretenda regular la realidad del comercio electrónico, como destaca la doctrina que se ha encargado de su estudio y sistematización³⁷.

Esas reglas o principios generales del Derecho de la contratación electrónica son la equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales, vinculado al principio de no discriminación³⁸; la neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico; la inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos; la exigencia de la buena fe; y la libertad de pacto.

de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 1991), la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (BOE núm. 161, de 7 de julio de 1995) o la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2003). Sin embargo, una vez aprobado el TRLCU, son pocas las *demás* normas de protección de consumidores, como pueden ser la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998) o la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011). Finalmente, la referencia a la normativa especial que rige la prestación de servicios financieros alude a la llamada normativa sobre transparencia bancaria, que trae causa de la hoy derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito (BOE nº 182, de 30 de julio de 1988), cuyo art. 48.2 facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para dictar determinadas normas con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela. En la actualidad, la Ley 26/1988 se encuentra derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014) y se han dictado normas de transparencia como la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011), así como la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE nº 161, de 6 de julio de 2012).

³⁷ Con mayor extensión, ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, 2ª edición 2009.

³⁸ ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, 2ª edición 2009, pág. 41, nota 15, se plantea la existencia de uno o dos principios básicos, si bien obvia la discusión por cuestiones prácticas y se limita a formular la existencia de la regla general de la equivalencia, de la que ambos principios serían expresiones positiva –la propia equivalencia– y negativa –la no discriminación. Por su parte, MADRID PARRA, A., “Servicios financieros en línea”, en la obra colectiva *Autores, consumidores y comercio electrónico* (Dir. MORO ALMARAZ, M.J., coord. APARICIO VAQUERO, J. P., BATUECAS CALETRIO, A.), Madrid, 2004, págs. 174, sí distingue ambos principios. Mientras el principio de no discriminación proclama que no se puede negar efectos jurídicos a una obligación o a un derecho por el solo hecho de que conste en soporte electrónico, el principio de equivalencia funcional supone no sólo la manifestación positiva del anterior sino un avance al reconocer que el uso de los medios electrónicos permite cumplir las mismas funciones jurídicas que cuando se emplea el papel u otro medio.

Estos principios merecen una reflexión especial cuando nos referimos a la contratación electrónica de servicios financieros con consumidores.

I.2.1. Los principios de equivalencia funcional y de no discriminación.

Por lo que respecta al principio de equivalencia funcional, constituye el núcleo del Derecho de la contratación electrónica y consiste básicamente en que se equipara la utilización de medios electrónicos al uso de documentos en papel³⁹. Se puede formular en los siguientes términos: *“la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa –o eventualmente su expresión oral- respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado”*⁴⁰.

Se trata, en definitiva, de que la formación, perfección, formulación, administración y ejecución de los actos jurídicos pueda llevarse a cabo por medios electrónicos sin que por ello se vean privados de eficacia frente a aquéllos que tengan lugar por medios tradicionales, básicamente por escrito. Es decir, este principio es la versión positiva de la prohibición de discriminación entre los medios electrónicos, propios del mundo *virtual*, y los tradicionales, propios del mundo real, discutiéndose, como hemos expuesto, la existencia de uno o dos principios distintos.

El principio de no discriminación se encuentra recogido en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior⁴¹, cuyo artículo 9.1., en su inciso segundo, indica que *“los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica”*. La misma Directiva, reconoce el principio de equivalencia funcional en el primer inciso del mismo

³⁹ MADRID PARRA, A., “Contratos electrónicos y contratos informáticos”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 111, enero 2011, págs. 5-35, versión electrónica.

⁴⁰ ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, 2ª edición 2009, pág. 41.

⁴¹ Diario Oficial nº L 178 de 17 de julio de 2000.

precepto, según el cual *“los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica”*.

También se recogen ambos principios en la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica⁴², cuyo art. 5, regulador de los efectos jurídicos de la firma electrónica, hace referencia a los dos. De un lado, el principio de equivalencia funcional se recoge en el párrafo primero, según el cual *“los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel; y sea admisible como prueba en procedimientos judiciales”*. De otro, el principio de no discriminación se contiene en el párrafo segundo de dicho precepto, en virtud del cual *“los Estados miembros velarán por que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que:*

- *ésta se presente en forma electrónica, o*
- *no se base en un certificado reconocido, o*
- *no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o*
- *no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma”*.

En el ordenamiento jurídico estatal, tanto la LSSI como la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica⁴³ (en adelante, LFE) recogen ambos principios. El principio de no discriminación se recoge en el art. 23.1 segundo inciso de la LSSI cuando establece que *“los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial”*, sin establecer por tanto ninguna

⁴² Diario Oficial núm. L 013, de 19 de enero de 2000.

⁴³ BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003.

discriminación entre los celebrados por medios electrónicos y los contenidos en otro soporte. Igualmente, el art. 24.1 establece que *“la prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico”*, sin establecer diferencia alguna respecto a otros contratos. Por lo que respecta a la LFE, el art. 3.9 contiene el principio de no discriminación en los siguientes términos: *“no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”*.

El principio de equivalencia funcional, en positivo, se contiene en la LSSI, que establece en el inciso primero del art. 23.1 que *“los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos en el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”*, añadiendo en el párrafo 3º del mismo precepto que *“siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”*. Por su parte, en materia de prueba del contrato, el art. 24.2 establece que *“en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”*. Por su parte, el art. 3.4. LFE preceptúa que *“la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”*.

A pesar del reconocimiento general en nuestro Ordenamiento de este principio, la regulación contenida en la LCDSFC contiene alguna norma contraria al mismo, que debe ser merecedora de crítica. En efecto, el art. 9.3 de la ley contiene la previsión de que *“en cualquier momento de la relación contractual, el consumidor tendrá derecho, si así lo solicita, a obtener las condiciones contractuales en soporte de papel”*, norma claramente contraria a este principio de la contratación y que tan sólo puede explicarse en un afán proteccionista del consumidor de servicios financieros⁴⁴. La Directiva

⁴⁴ Curiosamente, este precepto fue objeto de diversas enmiendas presentadas tanto en el Congreso como en el Senado, todas ellas rechazadas, y que se dirigían a la introducción en su contenido de la gratuidad en la obtención por el consumidor de esa copia en soporte papel. El rechazo de todas estas enmiendas, que

2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, (en adelante, DCDSFC), que es objeto de transposición en la LCDSFC, contempla la misma norma en su art. 5.3, sin que se incluya justificación alguna en su texto.

La norma es criticable por cuanto este derecho a solicitar el contrato en soporte papel que se concede al consumidor viene a dejar en sus manos la aplicación de las ventajas que supone el propio objeto normativo, es decir, la comercialización a distancia de los servicios financieros. Es una muestra más de que el legislador, al menos en el año 2002 –fecha de la Directiva de la que trae causa el precepto legal-, aún no está convencido de las posibilidades contractuales de los sistemas telemáticos y electrónicos y sigue apegado al soporte papel como el básico de la contratación⁴⁵.

Por otro lado, supone una incoherencia interna de la norma, puesto que no resulta acorde con el art. 4.3 de la Ley que entiende por contrato celebrado a distancia aquel en cuya negociación y celebración se utiliza *exclusivamente* una técnica de

pueden consultarse en el BOCG de 22 de febrero de 2007, Serie A, núm. 97-17, pág. 43 (enmienda nº 8, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida en el Congreso) y de 21 de mayo de 2007, Senado, Serie II, núm. 96, págs. 16 y 17 (enmienda nº 6, presentada por IU-GMPX), 21 y 22 (enmienda nº 32, presentada por EA-GPMX) y 25 (enmienda nº 47, presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés), lleva a entender que la voluntad del legislador fue que la copia en soporte papel no fuera gratuita. De este modo, el legislador no ha tenido en cuenta el principio de equivalencia funcional si bien ha tratado de compensar de algún modo la *ruptura* del mismo al poder conllevar el pago de alguna cantidad. Entendemos que no es una solución satisfactoria pues no sólo se quebranta el principio de equivalencia funcional, sino que además, al gravar la utilización de un medio concreto, se quebranta ahora el derecho a la no discriminación. Esto es aún más evidente si tenemos en cuenta que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios establece en su art. 6 que las entidades de crédito deben facilitar al cliente toda la información precontractual *de forma gratuita*, añadiendo el art. 7 que deben entregar al cliente el correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice el servicio recibido –salvo en las operaciones formalizadas en documento notarial, en que se estará a lo establecido en la normativa notarial.

⁴⁵ En este sentido, puede consultarse el Prólogo a la obra colectiva *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, escrito por el Profesor ILLESCAS ORTIZ, R., donde se alude a la evolución normativa de lo “electrónico” como una normativa que se produce “*en forma silenciosa, tácita e incluso vergonzante; como si representaran desafíos no queridos al sempiterno derecho de papel –y por supuesto que no comprendidos por quienes no entendían más derecho que el de papel.*”, trayecto normativo que “*continúa siendo recorrido en filo de sierra, con altibajos*”.

comunicación a distancia, sin presencia física simultánea de las partes, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax o similares⁴⁶.

Una última reflexión que debemos realizar respecto de este principio se refiere a la superación del mismo. Cuando se enuncia el principio, lo que se pretende es evitar el avance de la utilización de las técnicas electrónicas, mientras que en la actualidad podría decirse que nos encontramos en la situación contraria: es tal el avance de la elektronificación del Derecho Mercantil que determinadas actuaciones sólo pueden llevarse a cabo de manera electrónica.

Así ocurre, por ejemplo, con la legalización de los libros obligatorios de los comerciantes, que debe llevarse a cabo por el Registro Mercantil y que en la actualidad sólo puede hacerse por vía telemática, desde la promulgación de la Ley 14/2003, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁴⁷. En efecto, su art. 18 establece que todos los libros que obligatoriamente deben llevar los empresarios con arreglo a las disposiciones aplicables, incluidos libros de actas de juntas y demás órganos colegiados así como los libros registros de socios y de acciones nominativas, se legalizarán telemáticamente en el Registro Mercantil después de su cumplimentación, en soporte electrónico, en los cuatro meses siguientes a la fecha del ejercicio social⁴⁸.

⁴⁶ Precepto cuyo contenido se califica como “*falso atributo positivo de la exclusividad electrónica*” establecida en la Ley por ILLESCAS ORTIZ, R., “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 84, julio 2007, págs. 20-21.

⁴⁷ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

⁴⁸ El precepto fue objeto de desarrollo por la Instrucción de 12 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros de los empresarios en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2015). La Instrucción fue objeto de suspensión cautelar por auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 27 de abril de 2015, si bien el pleito principal fue posteriormente concluido por desistimiento de la parte actora, con lo que la Instrucción recobró plenamente su vigencia. No obstante, ante las dudas que había suscitado, especialmente en cuanto a la confidencialidad del contenido de los libros, se dictó posteriormente la Instrucción de 1 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre mecanismos de seguridad de los ficheros electrónicos que contengan libros de los empresarios presentados a legalización en los Registros mercantiles y otras cuestiones relacionadas (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2015).

1.2.2. El principio de neutralidad tecnológica.

El segundo de los principios de la contratación electrónica es el de neutralidad tecnológica, según el cual las normas establecidas en materia de comercio electrónico han de ser aplicadas con independencia de la técnica de comunicación utilizada en cada caso concreto, de modo que se pueda acoger a su régimen cualquier innovación técnica que se desarrolle en el futuro⁴⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico puede encontrarse una manifestación de este principio en el art. 23.1 LSSI en la medida en que se refiere a la contratación electrónica en general sin mayores especificaciones. Igualmente podemos encontrar una manifestación en el art. 3 de la LFE, precepto que establece las diversas modalidades de firma electrónica, así como el diferente trato que cada una de ellas recibe. Es cierto que existe un diferente trato según la tecnología que utiliza cada una de ellas, pero sin que se limite más que por el concepto genérico de firma electrónica, entendida como *“conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”*⁵⁰.

Este principio es recogido expresamente en relación con la comercialización a distancia de servicios financieros, al hacer referencia la DCDSFC en su considerando 15 a la utilización de técnicas de comunicación a distancia sin que exista presencia simultánea del proveedor y el consumidor y añadir que *“la evolución permanente de estas técnicas exige la definición de principios, válidos incluso para las que todavía se utilizan poco”*. Coherentemente con esta manifestación la definición del art. 2 de lo que debe entenderse como técnica de comunicación a distancia, hace referencia a *“todo*

⁴⁹ ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, 2ª edición 2009, pág. 54.

⁵⁰ No obstante, la manifestación más antigua de este principio se encuentra en el propio Código de Comercio, en la regulación de los libros de obligada llevanza por los comerciantes y de la contabilidad, en la redacción que recibió mediante Ley 16/1973, de 21 de julio, sobre reforma de los Títulos II y III del Libro Primero del Código de Comercio (BOE núm. 176, de 24 de julio de 1973). La Exposición de Motivos de la ley es significativa al respecto, cuando indica que *“no es extraño, por tanto, que se sienta hoy la inaplazable necesidad de la adaptación de tales materias a las circunstancias actuales, teniendo en cuenta, sobre todo, el gran desarrollo de la vida mercantil y el advenimiento sucesivo de la mecanización y de la electrónica, que hacen imposible mantener con carácter general el principio de la llevanza manual de los libros contables y de los del Registro Mercantil”*. A partir de esta norma, los asientos contables se extenderán en libros encuadernados y foliados, en los que se formen por incorporación sucesiva de folios *“o por otros procedimientos que determine el Reglamento, el cual establecerá las adecuadas garantías”* (art. 19), siendo válida la realización de asientos y anotaciones *“por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadernadas correlativamente para formar los libros obligatorios”* (art. 36).

medio que pueda utilizarse, sin que exista una presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, para la comercialización a distancia de un servicio entre estas partes”⁵¹. Por su parte, la LCDSFC en su art. 4.3 hace una enumeración de medios cuya utilización se considera como técnicas de comunicación a distancia y concluye con la referencia genérica a “*otros similares*”.

Sin embargo, este principio ha experimentado un retroceso en la última norma comunitaria aprobada relativa a contratos a distancia, en concreto, la Directiva 2011/83/UE que se refiere a los medios de telecomunicación, limitándolos a la venta por correo, internet, teléfono o fax. En cambio, el TRLCU, en su redacción tras la trasposición de la Directiva por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, sigue considerando que, *entre otras*, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax⁵².

I.2.3. El principio de inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos.

Este principio resulta plenamente coherente con el principio de equivalencia funcional⁵³ y parte de la hipótesis de que los medios electrónicos utilizados para la

⁵¹ La misma cautela muestra la Directiva reguladora de las ventas a distancia, Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, que, en el Considerando 9 de su Preámbulo, establece que la evolución permanente de estas técnicas no permite establecer una lista exhaustiva y requiere que se definan unos principios válidos incluso para aquellas que todavía se utilizan poco en la actualidad.

⁵² En efecto, el considerando 20 del Preámbulo de la Directiva establece que “*la definición de contrato a distancia debe abarcar todos los casos en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento*”. En cambio, el art. 92.1, párrafo 2º del TRLCU establece que “entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax”. A pesar de lo indicado en el Preámbulo de la Directiva no creemos que la voluntad del legislador comunitario obedezca a una restricción para futuras técnicas de comunicación a distancia, sino tan sólo un descuido.

⁵³ Según MADRID PARRA, A., “El negocio jurídico electrónico”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 28, junio 2002, págs. 3-62, versión electrónica, a la hora de abordar la regulación de los medios electrónicos se puede seguir un planteamiento de modificación puntual de las normas que así lo requieran para contemplar estos instrumentos, o bien promulgar disposiciones genéricas que den cobertura jurídica a la utilización de medios electrónicos. Esta última es la opción seguida por la CNUDMI al abordar la Ley Modelo sobre comercio electrónico: no se entra en la regulación de aspectos sustantivos del Derecho de obligaciones y contratos sino que se equiparan la utilización de medios electrónicos al uso de documentos en papel, por lo que no se modifica el régimen del Derecho de la contratación.

contratación no son más que un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales pero no estamos ante un nuevo Derecho⁵⁴. Por eso, el derecho contractual no se ve alterado por el hecho de que la contratación se efectúe por medios electrónicos⁵⁵.

En nuestro Ordenamiento jurídico, este principio se recoge en el art. 23.1, inciso segundo, de la LSSI según el cual *“los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial”*.

Debemos tener en cuenta, como este precepto se encarga de recordar, que cuando nos referimos al derecho preexistente en materia de contratación, hay que hacer una precisión. Nuestro Derecho de contratos está contenido fundamentalmente en los Códigos decimonónicos, el Código Civil y el Código de Comercio, pero no son las únicas normas que se encargan de regular la contratación.

En efecto, los Códigos tienen su fundamento en el Derecho Romano clásico y, por otro lado, reflejan el Estado liberal de su época. El Derecho Romano era un derecho pensado para hombres libres –no se aplicaba a esclavos, que tenían la consideración de cosas- y por tanto para seres iguales que contratan en un marco de igualdad y libertad, siendo por tanto una pieza fundamental el consentimiento –prestado libremente- que de este modo se convierte en el elemento clave de la contratación. Así se recoge también en nuestros Códigos, que partiendo del concepto de autonomía privada⁵⁶, establecen el contrato como la forma de ejercerla y al consentimiento como el elemento esencial del

⁵⁴ ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, 2ª edición 2009, pág. 49.

⁵⁵ Debe repararse en la aparente paradoja que se desprende de cuanto exponemos. Por un lado, hemos indicado que la aparición de las nuevas tecnologías implica la necesidad de un nuevo Derecho que regule las nuevas realidades a que dan lugar. Pero, por otro lado, uno de los principios de ese nuevo Derecho es precisamente que no se modifica el Derecho anterior sobre obligaciones y contratos. La paradoja no es tal: en la contratación electrónica lo único que cambia es el medio a través del cual se presta el consentimiento, pero las reglas generales de nacimiento de obligaciones siguen vigentes.

⁵⁶ DE CASTRO BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Reimpresión, 1971, pág. 12, define a la autonomía privada como *“aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”*. Dentro de la autonomía privada, en sentido amplio, distingue dos partes: el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas (autonomía privada en sentido estricto); y el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos (autonomía dominical o ámbito de ejercicio de los derechos subjetivos).

mismo⁵⁷. Como afirma la doctrina, la obsesión de los Códigos es consolidar el contrato –el acuerdo de voluntades– como instrumento claro, rotundo y general de la regulación de los intercambios económicos entre particulares, de tal modo que los principios que rigen la contratación tratan de suprimir todos los obstáculos jurídicos que pudieran entorpecer el dinamismo y la eficacia de las convenciones privadas, preservando las mínimas cautelas y garantías referidas a la formación de una voluntad libre⁵⁸.

En este contexto, si el consentimiento es la raíz del contrato, debe haberse efectuado rectamente, no de un modo defectuoso, pudiendo definirse como vicio todo lo que haya impedido alcanzar ese resultado⁵⁹ y surgiendo así el concepto de *vicios del consentimiento*. No obstante, la regulación del Código Civil de estos vicios muestra una clara tendencia restrictiva a su influencia negativa sobre el contrato⁶⁰.

Por su parte, el Estado de finales del siglo XIX, que toma a Francia como modelo, se caracteriza por ser un Estado liberal, nacido de una revolución popular que ha derrocado las viejas estructuras del Antiguo Régimen y que hace de la libertad y la

⁵⁷ Así se desprende del art. 1261 del Código Civil que exige para la existencia de contrato la concurrencia del consentimiento de los contratantes. Por su parte, el art. 50 del Código de Comercio se remite a las *reglas generales del Derecho Común* para todo lo relativo a los requisitos de los contratos mercantiles y a la capacidad de los contratantes en lo que no se halle expresamente establecido en el mismo o en leyes especiales.

⁵⁸ En tal sentido, PASQUAU LIAÑO, M., “Las ventas a distancia”, en *Comentario a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (PIÑAR MAÑAS, J.L., dir.), Madrid, 1997, págs. 298-299. Continúa este autor enumerando los principios fundamentales de la contratación, que serían los siguientes: a) Principio *consensualista*, mal llamado espiritualista, según el cual el contrato se perfecciona por el mero consentimiento, con independencia de la forma en que se manifieste, recogido en los arts. 1258 y 1278 Cc y 51 Cco; b) Principio *pacta sunt servanda*, según el cual del contrato nacen obligaciones de las que no se pueden desvincular las partes por su sola voluntad sin que tal acto se considere un incumplimiento del mismo, salvo los casos de desistimiento previstos expresamente; c) Principio de la irrelevancia jurídica de la fase precontractual en tanto no conduzca finalmente a la conclusión de un contrato, por lo que ni siquiera es objeto de regulación en los Códigos; y d) Principio de irrelevancia de cualquier distorsión del consentimiento que no reúna todos los requisitos exigidos por el Código Civil para el error, el dolo o la coacción, de tal modo que el consentimiento se presume libre y esta presunción solo puede desvirtuarse probando la existencia de alguno de los vicios contemplados por el legislador, cuyos requisitos son muy exigentes.

⁵⁹ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Teoría General del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular.*, 4ª Ed. Madrid, 1983, pág. 52.

⁶⁰ Así, no cualquier vicio provocará la nulidad del contrato, sino sólo aquellos que se enumeran taxativamente en el Código y que además cumplan los requisitos de gravedad que en el mismo se contemplan: el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que sea objeto del contrato o sobre las condiciones que hubieran motivado su celebración; la violencia ha de consistir en una fuerza irresistible; la intimidación debe venir motivada por el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave y el dolo ha de ser grave y no haberse utilizado por ambas partes.

igualdad su principal preocupación. Y ello aunque esas libertades sean más formales que reales, pues en el fondo estamos ante un Estado burgués con graves desigualdades sociales⁶¹.

Frente a esto, cuando surge la contratación electrónica, el Estado y el Derecho que se encuentra son muy distintos. El Estado es ahora un Estado social de Derecho, que no sólo reconoce derechos fundamentales a los ciudadanos, sino que además exige a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para su implantación y respeto⁶². Por su parte, el escenario económico en el que nos encontramos también ha cambiado. Las relaciones económicas han dado lugar a la sociedad de masas; la producción se ha incrementado de manera exponencial y los ciudadanos, con mayor poder adquisitivo, se han convertido en consumidores que actúan en una realidad social denominada *sociedad de consumo*. El elevado número de contratos que se celebran en estas circunstancias requiere una nueva concepción del negocio jurídico, que no es ya fruto del acuerdo de voluntades individual, sino que requiere la contratación masiva y, por tanto, la utilización de condiciones generales.

Como afirma la doctrina⁶³, la sociedad ha pasado de un consumo de subsistencia o necesidad a un consumo desmedido en la abundancia e inflexible en la inmediatez. A estas circunstancias, se añade la proliferación de técnicas agresivas de comercialización de productos y servicios –frente a las cuales parece que el ordenamiento jurídico ha empezado recientemente a reaccionar-, que supone que el consumidor se vea importunado, incluso en su propio domicilio, por una incesante invitación a contratar y, por lo tanto, a consumir.

⁶¹ En tal sentido, puede coincidir con SARAZÁ JIMENA, R., “La crisis del derecho privado codificado y el paso al nuevo derecho privado del tráfico económico: El derecho del consumo”, *Jueces para la democracia*, Nº 14, 1991, pág. 36, para quien *el Código Civil contiene una regulación ultraliberal en lo económico y absolutamente reaccionaria en lo social*. No olvidemos en tal sentido que el art. 1584 del Código Civil, no derogado formalmente, establece una presunción de veracidad *iuris tantum* a favor del *amo* frente al *criado* relativa tanto al importe del salario como al pago de los mismos devengados en el año corriente.

⁶² Quizá la plasmación de esta realidad más inequívoca sea el art. 51.1 de la Constitución española, según el cual “*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”.

⁶³ ALVAREZ VEGA, M.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Cizur Menor, 2010, pág. 330.

Uniando ambas perspectivas, sociedad de consumo y necesidad de contratación en masa mediante condiciones generales impuestas por el empresario, de un lado; y la obligación constitucional de los poderes públicos de velar por la protección de los consumidores, de otro⁶⁴, el resultado es que el derecho de la contratación preexistente al momento de surgir el comercio electrónico, será distinto del contenido exclusivamente en los Códigos.

Esta situación explica que el art. 1 de la LCDSFC no sólo se remita a los Códigos civil y de Comercio y demás normas mercantiles, sino que incluya expresamente a las normas dictadas en protección de los derechos de los consumidores. En definitiva, el principio de inalteración del derecho preexistente se dará también en materia de contratación electrónica de servicios financieros, pero ese derecho preexistente no será sólo el contenido en los Códigos, sino también el denominado nuevo Derecho de los Consumidores⁶⁵.

El derecho de desistimiento constituye quizá un supuesto típico de lo que venimos diciendo⁶⁶. El derecho de la contratación electrónica no afecta al derecho preexistente en materia de contratos. Pero ese derecho de contratos ya no será la concepción dogmática contenida en el Código Civil y basada fundamentalmente en la

⁶⁴ En palabras de SARAZÁ JIMENA, R., “La crisis del derecho privado codificado y el paso al nuevo derecho privado del tráfico económico: El derecho del consumo”, *Jueces para la democracia*, N° 14, 1991, pág. 38, “este Derecho rabiosamente liberal, pretendidamente igualitario, desestatalizado, inhibido e inhibidor de toda actuación pública; un derecho racionalista y fisiocrático en lo filosófico; preindustrial y preempresarial en lo económico; individualista e insolidario en lo social y escasamente democrático en lo político, no es hoy un ordenamiento constitucionalmente sistematizado y legitimado, no sólo por su centenaria ineptitud funcional, sino por la falta de comunión ordinamental con los índices o valores normativos superiores surgidos –tras una lenta labranza histórica- en la sementera constitucional de 1978”.

⁶⁵ Sin perjuicio de que sobre el llamado Derecho del Consumo y su consideración como rama autónoma del Derecho volvamos más adelante, baste por el momento indicar que coincidimos con DIAZ MORENO, A., “La protección del consumidor: una perspectiva global”, en *Estudios de derecho judicial*, Núm. 103, 2006 (Ejemplar dedicado a: Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación), págs. 220, cuando indica que la expresión Derecho del Consumo debe ser utilizada “sin mayores pretensiones dogmáticas, para referirnos a un conjunto (difícil de delimitar con total precisión, pero reconocible con relativa facilidad en su núcleo) de normas de Derecho privado que, con técnicas diversas, tienden a proporcionar a los consumidores y usuarios un grado de tutela de sus intereses algo más “intenso” (por su contenido o por su explicitación) que el ofrecido por los instrumentos propios del Derecho “común” de las obligaciones y los contratos”.

⁶⁶ En tal sentido, indica ALVAREZ VEGA, M.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Cizur Menor, 2010, pág. 330 que “estas circunstancias que, aplicadas al consumo llevan aparejadas adquisiciones apresuradas, irreflexivas o poco meditadas, son las que han movido al legislador a establecer de modo excepcional el denominado derecho de desistimiento, de revocación o de arrepentimiento, términos cualquiera de ellos más precisos que el de hablar de una tardía reflexión como fundamento a este derecho”.

autonomía privada, sino también el contenido en las normas dictadas para la protección de los consumidores. El derecho de desistimiento, en cuanto supone la posibilidad de que el consumidor extinga el contrato por su sola voluntad y sin necesidad de alegar causa alguna, puede considerarse, en una primera aproximación, como una clara contradicción del principio de autonomía privada y la regla que establece la obligación de cumplir lo pactado en contrato⁶⁷. De ahí nuestra matización: el nuevo Derecho de la contratación electrónica respeta el derecho preexistente en materia de contratación, pero entendido como el Derecho vigente en la actualidad, que ha superado ya dogmas como la plena libertad de contratación y la autonomía privada.

Por otro lado, también la propia figura del derecho de desistimiento ha sufrido esa evolución. En efecto, el desistimiento era una figura no regulada específicamente en nuestro Derecho, que aparecía por el contrario inspirado y dominado por el dogma de la autonomía de la voluntad. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestros Tribunales lo habían identificado en diversos preceptos del Código Civil, obteniendo de los mismos la formulación de un principio general, especialmente aplicable en el caso de contratos de duración indefinida, al objeto de evitar la sujeción perpetua de los contratantes⁶⁸. En realidad, la cuestión objeto de debate no era la existencia misma de la posibilidad del desistimiento, sino determinar si concurre o no justa causa para su ejercicio, así como si procede o no indemnización a favor de aquel frente a quien se ejercita, pero todo ello partiendo de su reconocimiento previo.

⁶⁷ Aunque sobre el principio de autonomía de la voluntad o autonomía privada trataremos extensamente en el capítulo segundo de este trabajo, debemos adelantar que la formulación de la regla “*pacta sunt servanda*” tiene su origen más remoto en el jurista romano Ulpiano y se contiene, en concreto, en su comentario al título edictal “*De pactis conventis*”, en el que transcribe el tenor literal del Edicto: “*pacta conventa ... servabo*” – “conservaré los pactos convenidos por las partes”, dice el Pretor. El principio fue objeto de abundante desarrollo por autores como Puffendorf -en su obra “*De iure naturae et gentium*”- y viene reconocido generalmente como la piedra angular del Derecho internacional. Así se recoge en el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 –ratificado por España según Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972 y publicado en el BOE de 13 de junio de 1980-, según el cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe. Igualmente, es establecido como uno de los Principios en que se fundamenta la ONU para la realización de sus Propósitos, en el art. 2.2. de la Carta Fundacional (los Estados “*cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*”).

⁶⁸ Puede consultarse al respecto los autores que han estudiado el derecho de desistimiento en general: RODRIGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991; KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997; ALVAREZ MORENO, M.T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid, 2000; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Granada, 2000; GÁLVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios (Especial estudio del derecho de desistimiento)*, Valencia, 2008.

Frente a esta conceptualización general y tradicional del derecho de desistimiento, en los últimos tiempos y tomando como referencia la normativa comunitaria en materia de protección al consumidor, se ha reconvertido la figura para devenir en uno de sus pilares, junto al derecho de información. Para que el consumidor pueda quedar debidamente protegido, para que pueda contratar de manera materialmente libre y consciente, debe estar completamente informado; además, para reforzar aún más su libertad de contratación, goza de un derecho de retractación, un derecho a desvincularse del contrato, libremente y sin necesidad de justificación alguna, con libertad de forma y sin gastos⁶⁹. La situación de provisionalidad que genera este derecho de *arrepentimiento* se compensa con la brevedad del plazo para su ejercicio.

Es evidente la transformación: hemos pasado de una facultad conferida para evitar la vinculación permanente en un contrato de duración indefinida o al contratante en cuyo interés se llevó a cabo el negocio jurídico, a un contrato, muchas veces de tracto único, que durante un breve período de tiempo se encuentra sometido a la posibilidad de extinguirse por la exclusiva voluntad de una de las partes.

En este contexto, una de las últimas manifestaciones del derecho de desistimiento como institución de defensa del consumidor es precisamente la relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, aunque ya ha sido objeto de posteriores regulaciones en otros ámbitos⁷⁰ y existen claros indicios de que seguirá desarrollándose en el futuro, como se ha expuesto anteriormente.

⁶⁹ DIAZ MORENO, A., “La protección del consumidor: una perspectiva global”, en *Estudios de derecho judicial*, Núm. 103, 2006 (Ejemplar dedicado a: Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación), págs. 257-258 hace referencia a esta evolución. Tras enumerar los dos grupos de supuestos en que el Derecho civil tradicional permite el desistimiento (contratos de tracto sucesivo de duración indefinida y contratos orientados al exclusivo interés de una de las partes, que es quien puede ejercer la desvinculación unilateral) y constatar que los supuestos regulados en la nueva normativa de consumo no se ajusta a ninguno de ellos, concluye que estaríamos ante una “*desviación visible con respecto a los principios generales*”. Sin embargo, añade, la concesión de esta facultad de desistimiento “*se encuentra emparentada, en el plano funcional, con el tratamiento clásico de los vicios de la voluntad*”, lo que, a nuestro juicio, permite considerar que la transgresión del Derecho tradicional no es tal. Sobre esta cuestión trataremos con mayor detalle en el capítulo tercero, en el apartado correspondiente a la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento.

⁷⁰ En el plano estatal, la manifestación más clara es la regulación contenida en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE del 25), donde se lleva a cabo una regulación del derecho de desistimiento en su art. 28. Por su parte, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, si bien no es aplicable a los servicios financieros, es evidente que podrá servir de precedente a una eventual reforma de la DCDSFC y provocará modificaciones. Sobre dicha posible influencia en una reforma de la normativa sobre servicios financieros ya nos hemos pronunciado en NOVAL LAMAS, J.J., “La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores y el derecho de desistimiento

I.2.4. El principio de buena fe.

El siguiente de los principios de la contratación electrónica a los que nos venimos refiriendo es el de buena fe, que constituye una manifestación a su vez del principio de inalterabilidad del derecho preexistente, pues aparece recogido ya en nuestros códigos decimonónicos como principio general de Derecho que debe impregnar las relaciones jurídicas. Así, el art. 57 del Código de Comercio regula el principio de buena fe como criterio de interpretación y establece que *“los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”*⁷¹.

Por su parte, el Código Civil, tras la reforma del Título Preliminar en 1974⁷², exige el ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe. Tal y como se indica en la Exposición de Motivos del Decreto que lo aprueba, la buena fe *“representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico”*, desempeñando por tanto un papel complementario a la prohibición del fraude y del abuso de derecho. Como indica el profesor Díez Picazo, la incorporación del concepto de buena fe al Título Preliminar del Código no supone ninguna innovación en nuestro ordenamiento jurídico, pues figuraba con anterioridad diseminado por diversos preceptos del mismo, pero sí supone una dinamización del mismo⁷³, una forma de evidenciar su vigencia y por tanto de reforzar su aplicación.

en la comercialización a distancia de servicios financieros”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino* (Coord. MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LOPEZ, J., PINO ABAD, M.), Madrid, 2015, págs. 357-366.

⁷¹ En el mismo sentido se pronunciaba el Código de Comercio de 1829, cuyo art. 247 establecía que *“los contratos mercantiles se han de ejecutar y cumplir de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido propio y genuino de las palabras dichas ó escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo en que los contratantes hubieren explicado su voluntad, y contrajeran sus obligaciones”*.

⁷² Llevada a cabo a través del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974).

⁷³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “El principio general de buena fe”, *Ensayos jurídicos (1953-2011)*, Tomo I, Madrid, 2011, pág. 598. En palabras del autor, *“no es lo mismo tener una pieza o una maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada*

Precisamente esa dinamización del concepto se hace evidente en el objeto de nuestro estudio, pues resulta evidente que si la buena fe ha de regir las relaciones jurídicas en general, aún más importante debe ser en un ámbito como el electrónico que por sí mismo, por lo intangible del mercado y de la forma de contratación, genera a priori una desconfianza entre las partes⁷⁴.

En este contexto, no será de extrañar por tanto que la propia LCDSFC se refiera expresamente al concepto de buena fe, entendida como norma jurídica completa, elevada al rango de principio general del derecho, impuesta a todos los miembros de la comunidad jurídica⁷⁵. Así ocurre en materia de información precontractual, estableciendo el art. 7.2 de la Ley que toda la información deberá suministrarse indicando inequívocamente su finalidad comercial, de manera clara y comprensible y respetando debidamente, en particular, *“los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los principios que regulan la protección de las personas que carecen de capacidad de obrar y los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad”*.

Sin embargo, esta exigencia de buena fe no se contempla en la norma al referirse al derecho de desistimiento, lo que lleva a algún sector doctrinal a entender irrelevante la concurrencia o no de buena fe en el ejercicio del derecho de desistimiento, postura ésta con la que no podemos estar de acuerdo. Para nosotros, la buena fe es la clave de bóveda del sistema financiero, de tal modo que si alguna de las partes de la relación jurídica no se ajusta a la misma su ausencia no puede resultar indiferente a la relación contractual y su incumplimiento. Y ello resulta aplicable no sólo para la parte más

en un rincón escondido del edificio. Dicho de otro modo: la totalidad de los juristas prácticos conoce el Título Preliminar. Llegar, en cambio, a los entresijos olvidados de algunos sectores del ordenamiento requiere más preparación y más erudición”.

⁷⁴ En tal sentido, ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, 2ª edición 2009, pág. 58.

⁷⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “El principio general de buena fe”, *Ensayos jurídicos (1953-2011)*, Tomo I, Madrid, 2011, pág. 599. Según el autor, ello implica que los sujetos jurídicos deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de las relaciones jurídicas (diligencia *in contraendo*) y que deben comportarse también lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas. Y ello proyectándose sobre derechos, que deben ejercitarse de buena fe, y obligaciones, que han de cumplirse también de buena fe.

fuerte de la relación jurídica, sino también para la parte en principio más débil de la misma⁷⁶.

I.2.5. El principio de libertad de pacto.

Finalmente, el principio de libertad de pacto es el último de los principios del Derecho de la contratación electrónica y constituye a su vez otra manifestación del principio de inalterabilidad del derecho preexistente. La libertad de pacto constituye un principio fundamental de cualquier ordenamiento jurídico: los particulares gozan de la libertad de contratar entre ellos y de configurar las obligaciones que constituyen el contenido del contrato. Así se recoge en nuestro Código Civil: existe un contrato desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras (art. 1254) y podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (art. 1255). Además, nuestra Constitución consagra el principio de libertad de empresa en el art. 38⁷⁷, constituyendo además la libertad un valor fundamental de nuestro Ordenamiento jurídico tal y como se recoge en su art. 1.

En el mismo sentido se pronuncia la Ley Modelo sobre comercio electrónico elaborada por la CNUDMI, que parte del reconocimiento de que, en la práctica, se

⁷⁶ Recientemente, se ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial que dará lugar a una resolución en la que, a nuestro juicio, habrá de analizarse el concepto de buena fe. La cuestión se enmarca en los litigios instados por Maximilian Schrems contra Facebook en Europa y que ya dieron lugar en su momento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 6 de octubre de 2015, dictada en el asunto C-362/14 por la que se invalidó el llamado “puerto seguro” habilitado entre la Comisión Europea y los Estados Unidos de América para la transferencia internacional de datos de carácter personal. En el nuevo procedimiento contra Facebook, tramitado en Austria, en el que se ejercitan acciones en su propio nombre y en el de otros consumidores que le han cedido sus acciones para el ejercicio colectivo, se ha planteado cuestión prejudicial para que el Tribunal interprete el concepto de consumidor y, en concreto, si se pierde tal condición cuando “*tras un uso prolongado de una cuenta privada de Facebook, publica libros en relación con el ejercicio de sus derechos, en ocasiones pronuncia también conferencias remuneradas, gestiona sitios web, recauda donaciones para el ejercicio de acciones y acepta la cesión de acciones de numerosos consumidores a cambio de la promesa de entregarles las cantidades que eventualmente se obtengan en el procedimiento, una vez deducidos los costes procesales*”. La cuestión ha sido planteada en fecha 19 de septiembre de 2016 y ha dado lugar al procedimiento C-498/16.

⁷⁷ Según el art. 38 de la Constitución, “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

acostumbra a buscar por vía contractual la solución de las dificultades jurídicas planteadas por el empleo de los medios modernos de comunicación⁷⁸.

En la materia objeto de nuestro estudio, esa libertad de pacto tiene límites. En primer lugar, la libertad de configuración de las relaciones jurídicas consagrada en el art. 1255 tiene sus propios límites, que son la ley, la moral y el orden público. Pero es que, además, nos encontramos en un Estado social de Derecho, lo que implica una actividad positiva por parte del Estado para proteger determinados valores e intereses que se consideran dignos de protección, entre los que se encuentra la defensa de los consumidores y usuarios, tal y como se recoge en el art. 51 de la Constitución.

La normativa de protección a los consumidores es fiel reflejo de esa dualidad: deberá respetar siempre la libertad de autonomía contractual por lo que articulará su protección mediante normas que tiendan a conseguir que la libertad de contratación formal sea real y efectiva y que no predomine la parte más fuerte sobre la más débil⁷⁹.

Para que sean efectivas esas normas han de ser imperativas, sin que quepa la derogación de las mismas por voluntad de las partes. En tal sentido, el art. 10 del TRLCU, incardinado en el Capítulo II que contiene los derechos básicos de los consumidores y usuarios, establece la irrenunciabilidad de los derechos concedidos a los mismos de tal modo que *“la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el art. 6 del Código Civil”*.

En el mismo sentido se manifiesta el art. 3 de la LCDSFC, al establecer que *“los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta Ley”*, añadiendo que *“la renuncia a los*

⁷⁸ En tal sentido, MADRID PARRA, A., “El negocio jurídico electrónico”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 28, junio 2002, págs. 3-62, versión electrónica, quien añade que *“en el terreno de los principios nada hay que impida, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, que quienes deseen obligarse puedan celebrar un contrato y vincularse jurídicamente, utilizando cualquier medio o forma”*.

⁷⁹ De ahí que las técnicas utilizadas en la legislación protectora de consumidores tiendan a conseguir una mayor información antes de contratar, a conferirle al consumidor el derecho a desistir si lo contratado no se ajusta a lo querido, o a darle determinados privilegios procesales, tales como las acciones colectivas, la inversión de la carga de la prueba o la existencia de medios extrajudiciales para resolver las disputas. Al respecto, puede consultarse LASARTE ALVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2010 (4ª Edición), págs. 7 y ss.

derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, conforme a lo previsto en el art. 6 del Código Civil”.

La técnica de la irrenunciabilidad de derechos consigue imponer un determinado contenido contractual al margen y por encima de la voluntad contractual de las partes, corrigiendo de ese modo el desequilibrio objetivo entre las dos categorías de contratantes. Con ella se liga el orden público a intereses privados, generando lo que la doctrina denomina “*orden público de protección*”, cuya función es precisamente mitigar posibles disfunciones del principio de autonomía de la voluntad cuando las partes no están en una situación negociadora equilibrada⁸⁰.

Por otro lado, como puede observarse, el TRLCU se refiere tan sólo a la renuncia previa, mientras que la LCDSFC es más rigurosa: no distingue entre la renuncia previa o la renuncia ulterior al nacimiento de los derechos que se otorgan al consumidor; tampoco entre la renuncia concreta de derechos ya nacidos y ejercitables por el consumidor y la renuncia en abstracto. Esta ausencia de distinción entre los diversos supuestos nos lleva a entender que no es admisible ningún tipo de renuncia a derechos conferidos por la norma⁸¹.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el derecho de desistimiento se configura como un derecho potestativo o facultad de cancelación jurídica, cuyo ejercicio es libre por parte de su titular. Ello implica, en la práctica, que la falta de ejercicio por su titular durante el breve plazo de duración que la ley concede produce los mismos efectos que una renuncia al derecho. De ahí que algún sector de la doctrina entienda que aunque no

⁸⁰ PASQUAU LIAÑO, M., “Capítulo II: Ventas a distancia”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, (Dir. BELTRAN SANCHEZ, E., PIÑAR MAÑAS, J.L.), Madrid, 1997, págs. 362. Concluye que “*es por tanto, una flagrante excepción al carácter neutral del derecho común de los contratos, y de su axioma según el cual nadie mejor que uno mismo para cuidar sus intereses: el legislador protege al consumidor al tiempo de la contratación, incluso a pesar suyo*”.

⁸¹ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Artículo 3. Carácter imperativo. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), Madrid, 2011, pág. 1866.

sea admisible la renuncia al derecho de desistimiento, sí resultará admisible que el consumidor no ejercite los derechos que la Ley le concede⁸².

Una vez analizados los diversos principios por los que se rige el Derecho del comercio electrónico y su plasmación normativa, hemos de concluir que la regulación de la comercialización electrónica de servicios financieros a consumidores sigue las líneas, aunque con diversos matices. También sigue las líneas generales –algo ya hemos avanzado– de las normas protectoras de los consumidores y del denominado *Derecho del Consumo*.

I.3. El llamado *Derecho del Consumo* como marco en el que se inserta la Ley 22/2007.

El siglo XX ha conocido un desarrollo económico y social sin precedentes que se ha plasmado en un incremento en la riqueza y la actividad económica en las sociedades occidentales. Las relaciones jurídicas individuales han dado paso a relaciones jurídicas de masas, en las que aparece con características específicas la figura del consumidor⁸³, lo que requiere la adaptación del ordenamiento jurídico a esta nueva realidad. Ello ha dado lugar a la promulgación de normas cuyo objeto fundamental es la protección del consumidor en un sentido global: desde la necesaria protección en el momento de la contratación a la regulación de las garantías que todo producto debe ofrecer de adecuación a las necesidades del adquirente, así como a la regulación de la

⁸² En tal sentido, PASQUAU LIAÑO, M., “Capítulo II: Ventas a distancia”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, (Dir. BELTRAN SANCHEZ, E., PIÑAR MAÑAS, J.L.), Madrid, 1997, págs. 363, que comentando el art. 48 de la LOCM, que contiene una norma similar a las que estamos comentando, concluye que “*es evidente que está prohibiendo (es decir, declarando nulas) la renuncia a la adquisición de los derechos, pero no, por supuesto, la renuncia a su ejercicio: no es válido el compromiso a pagar por adelantado, pero el comprador puede, si quiere, pagar antes de recibir el producto*”.

⁸³ Aunque abordaremos el concepto jurídico de consumidor en el capítulo tercero, al referirnos al sujeto activo del derecho de desistimiento, debemos aclarar que ni existe un concepto de consumidor único en el tiempo ni existe un concepto que sea válido para todo el Ordenamiento jurídico, sino que se trata de una noción delimitadora del ámbito de aplicación de las normas y de ahí que, muy frecuentemente, es definido en cada una de ellas. No obstante, el criterio que se va consolidando es el de considerar como tal exclusivamente a las personas físicas que actúan fuera del ámbito de su actividad empresarial o comercial.

reparación de las consecuencias nefastas que pueda tener el incorrecto funcionamiento del producto vendido en cuanto productor de daños.

En efecto, se puede identificar la existencia de un conjunto de normas cuya orientación es la de proporcionar a los consumidores y usuarios un grado de tutela de sus intereses más intenso que el ofrecido por los instrumentos propios del Derecho común de obligaciones y contratos.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que este tipo de normas protectoras de una de las partes de la relación jurídica no son algo completamente original sino que existen algunos preceptos en nuestros Códigos decimonónicos que cumplen, de un modo u otro, esa concreta función tuitiva. Un ejemplo de este tipo de normas lo encontramos en el art. 85 del Código de Comercio de 1885⁸⁴, al proteger la adquisición de quien compra una mercadería en un establecimiento mercantil, incluso aunque el transmitente no sea su legítimo propietario.

La finalidad principal del precepto es proteger la apariencia, dando seguridad a las transacciones mercantiles y, de ese modo, fomentar el tráfico⁸⁵. De hecho, el precepto lo que hace es sustituir las reglas de propiedad por las de responsabilidad, protegiendo así la apariencia jurídica y la actuación de terceros de buena fe que confían en ella y a quienes se libera de la obligación de asegurarse de la propiedad de quien le transmite. Pero al mismo tiempo también puede desempeñar una clara finalidad tuitiva del consumidor que puede aplicarse incluso a las adquisiciones por internet, como ha sido destacado por la doctrina⁸⁶.

⁸⁴ El tenor literal del precepto establece que “*la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente*”.

⁸⁵ PEINADO GRACIA, J.I., “Las obligaciones mercantiles: su régimen en el Derecho español”, en *Derecho Mercantil* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., coord.), Vol. II, 14ª Ed., Madrid, 2010, págs. 225.

⁸⁶ PACHECO CAÑETE, M., “La protección del consumidor una vez perfecto el contrato en las ventas de productos a distancia a través de internet”, *Diario La Ley*, nº 5184, 15 de noviembre de 2000, para quien puede considerarse que la adquisición de bienes a través de internet puede considerarse como una adquisición en establecimiento mercantil y por tanto recibir el adquirente la protección del art. 85 del Código de Comercio. En efecto, según dicha autora se cumplirían los tres requisitos que exige el precepto para ello y que serían: que la adquisición se lleve a cabo en almacén o tienda abierta al público, pudiéndose adaptar el apartado segundo del precepto a las ventas realizadas en internet por comerciantes inscritos o no inscritos que hayan anunciado al público su actividad o que careciendo de publicidad, estén abiertos al público durante ocho días seguidos; la buena fe en el adquirente, requisito que, aunque ha

En definitiva, la eficacia del art. 85 del Código de Comercio es doble, pues además de crear en el adquirente una situación jurídica de inatacabilidad, provoca la extinción del derecho de propiedad de su verdadero dueño, a quien no obstante concede las acciones de restitución que correspondan contra quien haya dispuesto indebidamente de la mercancía.

Otra norma que, sin duda, ha cumplido una clara función protectora del consumidor es la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazo⁸⁷. Esta norma, cuyo objeto era la regulación de un tipo especial de compraventa, introdujo importantes modificaciones en los Códigos decimonónicos. Así, la finalidad de protección a los compradores —es decir, a los consumidores⁸⁸— llevó a configurar la compraventa como un contrato real⁸⁹ y formal⁹⁰. Especialmente, debe tenerse en cuenta que en esta norma se introduce ya un derecho de desistimiento en su art. 8, si bien era preciso el pacto expreso. El plazo para su ejercicio era el de los tres días siguientes a la entrega, era precisa la comunicación por carta certificada o por otro medio fehaciente y se exigía que el comprador no hubiera usado la cosa más que a efectos de simple

sido objeto de discusión en la doctrina, debe exigirse por ser el precepto contenido en el art. 85 del Código de Comercio equivalente al principio de la fe pública registral, por lo que igual que se protege a quien adquiere confiando en que el titular registral es el verdadero titular, debe ampararse a quien adquiere en establecimiento abierto al público porque cree que el comerciante que enajena está facultado para ello; y finalmente, que el objeto de la adquisición sea una mercadería. Quizá el tema más interesante que plantea es el momento en que se produce la prescripción del derecho a favor del comprador si entre la perfección del negocio y la entrega del bien transcurre un espacio de tiempo. La solución más correcta es el momento de la entrega pues el art. 85 se refiere a mercaderías adquiridas y para que se produzca la adquisición, de acuerdo con la teoría del título y el modo contemplada en nuestro Derecho privado, es precisa la entrega.

⁸⁷ BOE núm. 173, de 21 de julio de 1965. Actualmente, derogada por la Ley 28/1998, de 13 de julio, sobre venta a plazos de bienes muebles, BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

⁸⁸ En tal sentido, SECO CARO, E., “Compraventas especiales y contratos afines en el Derecho Mercantil”, en *Derecho Mercantil*, (coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), Vol. II, 14ª Ed., Madrid, 2010, pág. 345.

⁸⁹ Puesto que, de acuerdo con su art. 9, la venta de bienes muebles corporales a plazos regulada en esta Ley sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial.

⁹⁰ El art. 5 exige para la validez de la compraventa que ésta se formalice por escrito, debiendo incluir las menciones obligatorias que establece el art. 6 — sobre el objeto del contrato, las condiciones, las partes intervinientes, etc.— y sancionando el art. 7 la falta de algunas menciones del precepto anterior como exención del pago de intereses por las cantidades aplazadas.

examen o prueba. Se trataba de una regulación, por tanto, de baja intensidad pero que no es desdeñable como precedente⁹¹.

Sin embargo, a pesar de la presencia de estos preceptos aislados o incluso leyes especiales que establecían determinadas normas concretas de protección de una de las partes del contrato, es tradicional en la doctrina considerar que el nacimiento de esta corriente reguladora que pretende una tutela especial de los consumidores se encuentra en el discurso del Presidente J. F. Kennedy al Congreso de los Estados Unidos el 15 de marzo de 1962⁹² en el que pronunció la conocida frase “*todos somos consumidores*” y anunció el desarrollo de medidas administrativas y legislativas para permitirles el ejercicio de su derechos, entre los que se encuentran: el derecho a la seguridad⁹³, el derecho a ser informado⁹⁴, el derecho a elegir⁹⁵ y el derecho a ser oído⁹⁶.

En nuestro país, será la introducción en la Constitución española de 1978 de un precepto específico destinado a la materia lo que dará relevancia al llamado *Derecho del Consumo* y al denominado principio *pro consummatore* en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, el art. 51 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de consumidores y usuarios mediante procedimientos

⁹¹ PINO ABAD, M., “La protección jurídica del comprador en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles”, *Diario La Ley*, núm. 5228, 18 de enero de 2001, pág. 2, al analizar la Ley de 1965 como precedente de la que es objeto de su estudio, califica el derecho de desistimiento que introducía el art. 8 como “irrisorio” y “demagógico”, “*pues dada su naturaleza dispositiva sólo podía ejercitarse cuando previamente se hubiera pactado en el contrato y, en cualquier caso, siempre dentro del brevísimo plazo de los tres días siguientes a la entrega de la cosa. En este contexto, no resulta, pues, difícil imaginar que la eficacia práctica de este derecho fuera prácticamente nula, si tenemos en cuenta la naturaleza dispositiva del pacto aludido y, sobre todo, el poco interés de los vendedores en orden a la inclusión del mismo en los contratos de venta a plazos*”.

⁹² Puede consultarse el texto en la página web <http://www.jfklibrary.org> (consultada 22/05/12).

⁹³ “*The right to safety- to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life*”.

⁹⁴ “*The right to be informed- to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice*”.

⁹⁵ “*The right to choose- to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices*”.

⁹⁶ “*The right to be heard- to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals*”.

eficaces, recogiendo igualmente sus derechos básicos: defensa de la salud y seguridad de los consumidores; protección de sus legítimos intereses económicos; protección de la información y educación de los consumidores; y fomento de sus organizaciones y derecho de audiencia⁹⁷.

El precepto constitucional remitía a una ley que lo desarrollara, promulgándose, de manera precipitada y en el contexto del conflicto político y social originado por el conocido como síndrome tóxico del aceite de colza desnaturalizado⁹⁸, la Ley 26/84, de 19 de julio, Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. La ley fue mal recibida y objeto de crítica por parte de la mayoría de los juristas que la analizaron⁹⁹.

Igualmente, se han ido dictando diversas leyes protectoras del consumidor, algunas de las cuales fueron refundidas en el TRLCU mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007¹⁰⁰. De hecho, algún sector de la doctrina ha calificado al TRLCU

⁹⁷ REYES LOPEZ, M.J., “La protección de los derechos de los consumidores y usuarios en la actualidad”, en la obra colectiva *Derecho Privado de Consumo* (coord. REYES LOPEZ, M.J.), Valencia, 2005, pág. 24.

⁹⁸ Se trató de una intoxicación masiva producida en España en 1981 que provocó más de setecientos fallecidos y 20.000 afectados, dando lugar a un procedimiento penal que concluyó en 1989 después de años de instrucción procesal y con unas condenas muy limitadas. En cualquier caso, el asunto puso de manifiesto la inexistencia de normativa al respecto y su necesidad, de ahí la tramitación de la Ley 26/1984 que se acometió por el gobierno resultante de las elecciones posteriores a la intoxicación.

⁹⁹ LASARTE ALVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2010 (4ª Edición), pág. 35, quien considera que “se trata de una disposición legal que debería haber contado con algún apoyo jurídico-político, además del propio del Ministerio de Sanidad y Consumo, y sobre todo con trabajos preparatorios que hubieran puesto en conexión el proyecto con disposiciones legales preexistentes, algunas de gran calado, como los propios Códigos Civil y de Comercio”.

¹⁰⁰ La Ley 26/1984 fue objeto de diversas reformas puntuales, siendo las más importantes las llevadas a cabo a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998) y la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006). Esta última contenía una habilitación que le permitía refundir en un único texto no sólo a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, sino también “las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos”. Sin embargo, esta refundición no ha sido completa y han quedado fuera de su texto diversas normas, tales como la propia Ley 22/2007, LCDSFC. Esta opción ha sido objeto de crítica en la doctrina, pudiendo consultarse al respecto ARROYO APARICIO, A., “Análisis crítico de la normativa relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en la obra colectiva *Tendencias actuales en torno al mercado de crédito* (PULGAR EZQUERRA, J., Dir., VARGAS VASSEROT, C., Coord.), Madrid, 2010, págs. 342-343. Esta autora indica, a modo de ejemplo, cómo el legislador francés ha incluido el contenido de la Directiva 2002/65/CE en el Código de Consumo y cómo el alemán ha incluido la regulación general de los contratos a distancia con consumidores en el Código Civil.

como auténtico Código de Consumo¹⁰¹ que de este modo se convierte en un texto uniforme que contiene la mayoría de las normas de consumo.

Esta misma tendencia al dictado de normas de protección al consumidor ha tenido su reflejo en el Ordenamiento de la Unión Europea, apreciándose dos etapas distintas en la política comunitaria de protección a los consumidores. Así, en la etapa inicial de nacimiento de la Comunidad Europea la preocupación esencial es el mercado y el objetivo es facilitar el ejercicio de las libertades económicas que sustentan la Comunidad, de tal modo que al consumidor tan sólo se le “protege” mediante la promoción de la libre competencia. En cambio, a partir de los años setenta se pretende obtener una mayor calidad de vida para los ciudadanos, dictándose normas que inciden directamente sobre los derechos de los consumidores¹⁰².

Así se desprende de los textos que componen el Derecho Comunitario originario: los Tratados de Roma sólo contienen referencias implícitas a la protección del consumidor, destacando especialmente el art. 85 en materia de política de competencia que contempla precisamente el beneficio del consumidor como una excepción a los acuerdos entre empresas que limitan la competencia¹⁰³.

En cambio, el Acta Única Europea, de 1986, que reforma el Tratado de Roma, inmersa ya en esa segunda etapa, introduce una referencia expresa a la protección del consumidor en su art. 100.A.3, al establecer que *“La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referente a la aproximación de las legislaciones en materia*

¹⁰¹ En tal sentido, PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., “Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”, *Derecho de los negocios*, núm. 209, Febrero de 2008, págs. 5-34, para quien el Texto Refundido constituye “probablemente un eufemismo, puesto que de lo que se trata es de una suerte de Código de Consumo (o de protección de los consumidores) que probablemente no ha querido denominarse así por diversas razones”.

¹⁰² LASARTE ALVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2010 (4ª Edición), pág. 15 y ss.

¹⁰³ En efecto, el art. 85 del Tratado de Roma establece la prohibición y la nulidad de pleno derecho de los acuerdos o decisiones entre empresas o decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. El párrafo 3º del precepto considera que podrá ser declarado inaplicable tal prohibición y nulidad de pleno derecho en los casos en que el acuerdo o la práctica contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.

de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado”.

También en el Derecho Derivado se observa esa doble fase, pues no será hasta la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1.975, relativa a un “*Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores*”¹⁰⁴, que se adopte la primera iniciativa comunitaria en la materia¹⁰⁵.

Fruto de esta tendencia es el conjunto de las diversas Directivas emanadas de la Unión Europea, que han venido a introducir normas de protección del consumidor y que tienen su colofón en la reciente Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, cuya pretensión inicial de reforzamiento del Derecho comunitario de los consumidores a través de la técnica de armonización máxima, ha quedado reducida en su versión definitiva a sustituir a las directivas reguladoras de los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, así como a modificar las Directivas sobre cláusulas abusivas y garantías en las ventas de bienes de consumo.

Entre estas directivas destacan precisamente la Directiva de contratación a distancia y la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros, que son los antecedentes inmediatos de la LCDSF.

La existencia de este amplio abanico de normas protectoras del consumidor ha dado lugar al debate doctrinal sobre la existencia del Derecho del Consumo como una nueva rama del Derecho.

¹⁰⁴ DOCE núm. C 092, de 25 de abril de 1975.

¹⁰⁵ En tal sentido, ANCOS FRANCO, H., “La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros: una perspectiva de Derecho Comunitario Europeo”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, julio-diciembre 2001, pág. 628. Esta Resolución tendrá su continuación en la Comunicación de la Comisión al Consejo “Nuevo impulso a la política de protección de los consumidores” (Resolución del Consejo de 23 de junio de 1.986, DOCE núm. C 167, de 5 de julio de 1986), la Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1.989, sobre “Futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor” (DOCE núm. C 294, de 22 de noviembre de 1989) y el “Plan Trienal de acción para la política de protección de los consumidores en la CEE 1990-1992”, que ya preveía una Directiva en la materia.

De acuerdo con la doctrina¹⁰⁶, existe una rama autónoma del Derecho cuando ésta tiene unidad y autonomía, lo que se apoya tradicionalmente en tres factores distintos: una base fáctica, una normativa que se proyecte sobre la misma y unos principios o un código axiológico propio y común a toda la rama autónoma y no predicable de las restantes.

Resulta difícil delimitar una base fáctica de relaciones jurídicas a las que aplicar el llamado Derecho del consumo. Es cierto que siempre nos referimos a una relación con dos partes enfrentadas, en la que una de ellas es necesariamente un empresario o comerciante, pero, del otro lado, resulta difícil la identificación del consumidor. No sólo porque diferentes normas tienen diferentes conceptos de consumidor¹⁰⁷ sino, especialmente, porque hay demasiadas excepciones al concepto general (especialmente, la persona jurídica, tenga o no ánimo de lucro).

Igualmente, resulta difícil la delimitación de la normativa que integraría la rama jurídica. Es cierto que existe una especie de Código de Consumo –el TRLCU, como indica cierto sector de la doctrina citada anteriormente-, pero la abrumadora cantidad de normas extrañas al mismo, incluso emanadas de diversos niveles legislativos (Estado y Comunidades Autónomas) e incluso de potestades puramente administrativas, excluye la idea de unidad que requiere el concepto.

Finalmente, no podemos decir que existan en esta materia unos principios diversos de los existentes en el resto del ordenamiento jurídico. La protección del contratante débil -que sería el principio más elaborado del llamado Derecho del Consumo- no es más que una manifestación de la justicia y de la igualdad como principios integradores de nuestro sistema jurídico constitucionalmente establecidos en el art. 1.1 de la Norma Fundamental. En tal sentido, cuando la norma reconoce un derecho de desistimiento al consumidor no hace más que buscar la igualdad efectiva de las partes al contratar.

¹⁰⁶ PEINADO GRACIA, J.I., “El pretendido «Derecho de los consumidores» y el sistema”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 224, 1997, págs. 802-803.

¹⁰⁷ Incluso, en la misma norma, pueden coexistir dos conceptos diversos de consumidor. Así ocurre en el TRLCU cuyo concepto de consumidor se contiene en el art. 3 pero sin perjuicio de lo dispuestos expresamente en los libros tercero y cuarto, en los que se establecen otros conceptos para las materias correspondientes a responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos y para la materia de viajes combinados.

De lo anterior podemos concluir que la existencia de normas de diversa índole y procedencia no justifica el intento de crear una nueva categoría jurídica¹⁰⁸. De ahí que como se ha afirmado¹⁰⁹, la mayoría de los estudiosos consideran que resulta impertinente y pretencioso defender la existencia de un nuevo sector sistemático del Derecho que pueda considerarse en la actualidad desgajado o separado del resto de las tradicionales disciplinas jurídicas como el Derecho civil, mercantil o administrativo.

Esta idea se refuerza con los erráticos resultados que se van produciendo en el Derecho emanado de la Unión Europea, cuyas ideas de elaborar un Código europeo de consumo van abandonándose e incluso la posibilidad de un Código Civil europeo tampoco se ha consolidado, manteniéndose la tendencia al enfoque sectorial aplicado hasta la fecha, aprobándose Directivas de consumo para relaciones específicas y tratando de actualizar todos los textos en orden a su armonización y coherencia¹¹⁰.

I.4. Antecedentes normativos de la LCDSFC.

I.4.1. La Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

La Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia¹¹¹, constituye el antecedente directo de la normativa que regula la comercialización a

¹⁰⁸ PEINADO GRACIA, J.I., “El pretendido «Derecho de los consumidores» y el sistema”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 224, 1997, pág. 832, para quien “*las relaciones de consumo no pueden ser reconducidas a unas características o elementos comunes que permitan al mismo tiempo englobarlas en una única categoría y someterlas en conjunto a unos mismos principios o reglas de carácter general o universal. No se trata sólo de las dificultades para delimitar de forma precisa la noción de consumidor, que hacen sumamente problemática la búsqueda de un concepto unitario capaz de dotar de coherencia al conjunto. Porque además no parece que la mera situación de desigualdad económica o fáctica de los consumidores en sus relaciones con las empresas pueda proporcionar una base mínimamente sólida para erigir un sistema especial, coherente y unitario, que se separe de los principios generales y de las normas propias del Derecho común*”.

¹⁰⁹ LASARTE ALVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2010 (4ª Edición), pág. 24, que concluye que “*resultaría inadecuado presentar el Derecho del Consumo como una rama radicalmente autónoma o un sector sistemático propio y por completo separado, dentro del conjunto del Derecho*”.

¹¹⁰ Al respecto, puede consultarse CAMARA LAPUENTE, S., “El futuro del Derecho de consumo en el nuevo entorno del Derecho contractual europeo”, en la obra colectiva *Derecho Privado de Consumo* (coord. REYES LOPEZ, M.J.), Valencia, 2005, especialmente págs. 57 y ss.

¹¹¹ DOCE núm. L 144, de 4 de junio de 1997.

distancia de servicios financieros con consumidores: Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE, del Consejo, y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE¹¹², cuya transposición al Derecho español se contiene en la LCDSFC.

La elaboración de la Directiva 97/7/CE atravesó multitud de dificultades, desde la elaboración inicial de un denominado “*Documento de discusión para una directiva sobre las ventas a distancia*”, de abril de 1991¹¹³, hasta la aprobación de un texto conjunto del Consejo y el Parlamento que con carácter definitivo se aprobó el 20 de mayo de 1997. Se ponía así fin a un procedimiento que se había prolongado varios años y que había pasado por las diversas etapas de una Propuesta inicial de la Comisión¹¹⁴, modificaciones propuestas por el Parlamento Europeo en su primera lectura¹¹⁵, una Propuesta modificada de la Directiva aprobada nuevamente por la Comisión¹¹⁶, una Posición Común del Consejo de 29 de junio de 1995¹¹⁷, una Segunda Lectura del Parlamento Europeo que vuelve a proponer enmiendas el 13 de diciembre de 1995¹¹⁸, lo que hace preciso nuevas modificaciones por la Comisión¹¹⁹ y la intervención final del

¹¹² DOCE núm. L 271, de 9 de octubre de 2002.

¹¹³ En este documento se recogía la imperiosa necesidad de promulgar una Directiva en materia de contratación a distancia por la proliferación que estaban experimentando estas técnicas de venta, por la existencia de prácticas condenables de determinadas empresas que se aprovechaban de la falta de regulación y por el hecho de que varios Estados miembros disponían ya de legislación al respecto, lo que iba a afectar a la competencia entre las empresas de diversos Estados.

¹¹⁴ Propuesta de Directiva relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia, COM (92) 11 final, 20 de mayo de 1992.

¹¹⁵ A3-0159/93, DOCE, Serie C, núm. 176, de 28 de junio de 1993, págs. 85 y ss. En esta primera lectura, el Parlamento aprobó la propuesta, si bien introduciendo 35 modificaciones o enmiendas.

¹¹⁶ COM (93) 396 final, de 7 de octubre de 1993. En esta Propuesta modificada elaborada por la Comisión se aceptaron 30 de las enmiendas del Parlamento.

¹¹⁷ DOCE, Serie C, núm. 288, 30 de octubre de 1995, pp. 1 y ss. Esta Posición Común del Consejo vino a aprovechar bastantes enmiendas del Parlamento y de la Propuesta modificada de la Comisión, introduciendo correcciones técnicas, además de una reducción de su contenido en razón del principio de subsidiariedad. Así, se abandonó la noción de “incitación a contratar”, se redefinió el ámbito de aplicación de la directiva y se introdujeron mejoras en las definiciones.

¹¹⁸ A4-0297/95, DOCE, Serie C, núm. 17, 22 de enero de 1996, pp. 51 y ss. En esta segunda lectura, el Parlamento introdujo nuevas enmiendas a la Posición común con la intención de conseguir, fundamentalmente, una más precisa definición del ámbito de aplicación de la Directiva y una mayor efectividad de las medidas de protección de los consumidores contenidas en la Directiva.

¹¹⁹ COM (96) 36 final, 7 de febrero de 1996. Se aceptan por la Comisión 21 de las 31 enmiendas propuestas por el Parlamento.

Comité de Conciliación, que aprueba un texto conjunto en fecha 27 de noviembre de 1996¹²⁰, facilitando la adopción del texto final¹²¹.

El proceso de elaboración de la Directiva refleja la evolución institucional experimentada en la Unión Europea. Así, debe tenerse en cuenta el papel que ocupa la Comisión dentro del esquema de poderes de la Unión Europea. A la Comisión se le atribuye el interés general del conjunto y se presume que obra con independencia de todo interés nacional¹²², de ahí que ostente el privilegio de la iniciativa legislativa prácticamente en exclusiva. Así se recogió en los Tratados fundacionales, que en diversos preceptos a lo largo de su articulado exigen la propuesta de la Comisión para que el Consejo y el Parlamento puedan adoptar un acto jurídico. De este modo se evitaría que el juego de alianzas entre los Estados miembros se impusiera al interés general comunitario mediante la inacción legislativa.

No obstante, la importancia del papel de la Comisión en el proceso legislativo comunitario se ha ido suavizando con el tiempo, ganando protagonismo el Parlamento Europeo, ya que éste, en definitiva, representa legítimamente a los pueblos de la Unión. En tal sentido, es de destacar la adopción del conocido como procedimiento de codecisión, que fue introducido en el Tratado de Maastricht en 1992 y posteriormente ampliado con el Tratado de Amsterdam de 1999, siendo en la actualidad, tras el Tratado de Lisboa, el procedimiento legislativo ordinario.

Por otro lado, también es destacable la peculiaridad del propio instrumento jurídico utilizado por la Unión Europea en materia de protección a los consumidores, la Directiva¹²³. En efecto, la Directiva se define en el art. 249 del Tratado como el acto jurídico que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba

¹²⁰ Decisión del Parlamento Europeo de 16 de enero de 1997 y Decisión del Consejo de 20 de enero de 1997.

¹²¹ Un resumen de los diversos avatares que sufre la tramitación de la Directiva, hasta la tercera intervención de la Comisión, puede consultarse en PASQUAU LIAÑO, M., “Las ventas a distancia”, en *Comentario a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (PIÑAR MAÑAS, J.L., Dir.), Madrid, 1997, págs. 301-302.

¹²² MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 5ª Ed., 2005, pág. 136.

¹²³ De acuerdo con el art. 129 A, introducido por el Tratado de Maastricht, la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante acciones concretas que apoyen y complementen la actuación de los Estados Miembros. Para ello, se seguirá el trámite establecido en el art. 189 b del Tratado.

conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

Aunque no es éste el lugar adecuado para profundizar en la problemática que rodea a este instrumento normativo, sí debemos indicar que las Directivas son el resultado de una opción que tuvieron que tomar los Estados al constituir la Comunidad Europea. Una primera opción era permitir que la Organización recién creada tuviera pleno poder normativo, lo que aseguraría la aplicación uniforme de la norma pero supondría restar competencias a los Estados. Frente a eso, la opción elegida, muy tímida en cuanto a la transferencia de competencias nacionales a la Comunidad, fue crear un instrumento que, sin sustituir el poder legislativo nacional, permitiera la armonización de las legislaciones nacionales; un instrumento dirigido al Estado –donde se mantiene la capacidad legislativa- para que alcanzara un resultado común para todos los integrantes de la Comunidad. De ahí que se haya escrito que la convergencia obligada de las legislaciones nacionales en ese resultado común se identifica con la función armonizadora de la Directiva¹²⁴.

No obstante, se ha producido un fenómeno que la doctrina denomina *expansión de la Directiva*¹²⁵, lo que se ha traducido en la práctica en textos cada vez más precisos y detallados, hasta el punto de que al Estado no le queda más opción que la simple reproducción literal de sus preceptos al Ordenamiento jurídico nacional¹²⁶.

Por lo que respecta a la Directiva 97/7/CE, recoge en sus considerandos los motivos que llevan a su promulgación, que se pueden sintetizar en los siguientes¹²⁷:

¹²⁴ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 5ª Ed., 2005, pág. 367. Armonización cuyo nivel de intensidad será mayor o menos según la propia Directiva indique, pues existen Directivas de mínimos, donde los Estados tienen la facultad de introducir en sus legislaciones medidas de mayor protección que la impuesta por la norma comunitaria, y también Directivas de máximos, donde dicha opción queda excluida para permitir la competencia entre las empresas radicadas en los distintos Estados.

¹²⁵ MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Cuarta edición, Madrid, 2002, pág. 485.

¹²⁶ Precisamente, un ejemplo de este tipo de Directivas es la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, cuyos preceptos son prácticamente reproducidos sin crítica alguna por la ley española.

¹²⁷ En tal sentido se manifiesta SERRANO GIL DE ALBORNOZ, F., “Directiva sobre ventas a distancia y propuesta de directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los

- a. Para establecer y consolidar el mercado interior es esencial la libre circulación de bienes y de servicios, y no sólo la que tiene lugar entre profesionales, sino también la que implica a los particulares. En tal sentido, debe propiciarse que los consumidores accedan a los bienes y servicios de otro Estado miembro en las mismas condiciones que la población de éste. En este contexto, la venta transfronteriza a distancia, como manifestación del establecimiento del mercado interior, requiere su potenciación y consolidación, lo que hace preciso una normativa específica.
- b. Por otro lado, es igualmente precisa la Directiva porque algunos Estados ya han dictado normas, a veces divergentes, de protección de los consumidores en materia de venta a distancia¹²⁸. Por ello, se hace preciso armonizar la legislación de los Estados Miembros estableciendo unas normas comunes mínimas a nivel comunitario¹²⁹. Estas normas mínimas consistirán básicamente en la concesión de dos derechos fundamentales a los consumidores: el de ser informados adecuadamente para que su voluntad contractual se forme libre y conscientemente; y el de desistir unilateralmente y sin causa del contrato celebrado.
- c. Por último, la Directiva funda también su promulgación en la necesidad de abordar otras situaciones que requieren protección al

consumidores”, en la obra colectiva *Derecho de Internet* (coord. MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M.), Madrid, 2000, pág. 286.

¹²⁸ Entre los Estados que habían dictado normas al respecto, se encontraba España, que había promulgado la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996). En ella, además de regular la actividad minorista, definida como la oferta de venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, sea utilizando o no un establecimiento, se regulaban lo que se denominaban como determinadas *ventas especiales*. Entre esas ventas especiales se encuentran las ventas a distancia, incorporándose así en los arts. 38 a 48, así como la Disposición Adicional Primera que recoge la aplicación de los anteriores preceptos a la prestación de servicios a distancia. Debe tenerse en cuenta que esta regulación incluida en la Ley 7/96 incorporaba lo que en aquel momento era la Propuesta modificada de Directiva elaborado por la Comisión en 1993.

¹²⁹ Efectivamente, la Directiva opta por la “*introducción de unas normas comunes mínimas a nivel comunitario*”, según el Considerando 4 de su Preámbulo. Igualmente, el art. 14 recoge lo que denomina como “*cláusula mínima*”, según el cual “*Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas, compatibles con el Tratado, a fin de garantizar una mayor protección del consumidor*”.

consumidor: la solicitud de pago de mercancías no encargadas y los métodos de venta agresivos.

Partiendo de estas premisas, la regulación contenida en la Directiva trata de aumentar la protección del consumidor en un tipo de contrato que supera los conceptos tradicionales del Derecho Privado y que, precisamente por ello, precisa una mayor protección. Debe tenerse en cuenta que el contrato objeto de regulación en la Directiva es aquel que se lleva a cabo entre un proveedor profesional y un consumidor y que se celebra en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, con la característica adicional de que se realiza sin presencia física simultánea de las partes¹³⁰.

De ahí que las técnicas de protección del consumidor contenidas en la Directiva traten de salir al paso de los dos problemas que pueden plantearse en esa situación:

- a. De un lado, el “déficit de información”¹³¹ que pueden sufrir los consumidores en este tipo de contratación, lo que provoca la exhaustiva regulación del deber de información previa que se impone al proveedor de servicios. Tal y como se establece expresamente en el Considerando 11 de su

¹³⁰ El art. 2.1 de la Directiva 97/7/CE define el contrato a distancia como “*todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del contrato*” y entendiéndose por técnica de comunicación a distancia todo “*medio que permita la celebración del contrato sin la presencia física simultánea del proveedor y del consumidor*”.

¹³¹ Terminología utilizada por PASQUAU LIAÑO, M., “Capítulo II: Ventas a distancia”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, (Dir. BELTRAN SANCHEZ, E., PIÑAR MAÑAS, J.L.), Madrid, 1997, págs. 299. Según este autor la irrupción de la contratación a distancia pone al descubierto la insuficiencia de la legislación de contratos contenida en los Códigos decimonónicos: “*los contratos negociados a distancia se perpetran en condiciones de déficit de información, por cuanto el consumidor sólo conoce del producto las indicaciones que de él le hace una presentación comercial elaborada por el vendedor (catálogo, espacio televisivo, etc.) pero también en condiciones de déficit de reflexión, dado que al dirigirse la oferta al consumidor fuera de los espacios habituales de compra o contratación (la decisión de comprar la adopta el consumidor en su domicilio o en su centro de trabajo en prácticamente todas las modalidades de venta a distancia), propicia las ventas compulsivas o no suficientemente reflexionadas*”. Terminología que acepta y hace suya SERRANO GIL DE ALBORNOZ, F., “Directiva sobre ventas a distancia y propuesta de directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en la obra colectiva *Derecho de Internet* (coord. MATEU DE ROS, R y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J. M.), Madrid, 2000, pág. 282-283.

texto, “la utilización de estas técnicas no debe conducir a una reducción de la información facilitada al consumidor”, por lo que es conveniente “determinar la información que debe transmitirse obligatoriamente al consumidor cualquiera que sea la técnica de comunicación utilizada”.

- b. De otro, el “déficit de reflexión”, ya que al dirigirse la oferta al consumidor fuera de los cauces tradicionales y basarse en ellos la decisión de compra, ésta puede no estar suficientemente reflexionada, máxime cuando el consumidor no tiene la oportunidad de ver el producto o conocer sus características reales hasta que lo adquiere. Para subvenir a este déficit, se establece el derecho de rescisión o de desistimiento¹³².

La Directiva regula ampliamente el contenido de la información que ha de facilitarse al consumidor con carácter previo a la contratación, destacando, por lo que al objeto de este trabajo se refiere, la existencia de un “derecho de resolución” (art. 4.1.h), que puede ser excluido en determinados supuestos (art. 6.3) y del que además debe facilitarse información por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero (art. 5.1), que debe incluir sus condiciones y modalidades de su ejercicio. El derecho se puede ejercitar en un plazo mínimo de siete días laborables, sin penalización alguna –salvo el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor- y sin indicación de los motivos.

La principal crítica que puede hacerse a esta Directiva es la falta de rigor en la denominación de este derecho: el art. 6 se titula como de “derecho de *resolución*”, para a continuación definirlo en su párrafo primero como la posibilidad de *rescindir* el contrato y denominarlo en su párrafo segundo “derecho de rescisión”, para terminar en su párrafo cuarto calificándolo de nuevo como “derecho de resolución”. Con independencia de la adecuada calificación jurídica de este derecho que abordaremos en el capítulo II –y que nos llevará a inclinarnos por la denominación *derecho de desistimiento*, que además es la utilizada en la LCDSFC- esta diversidad de expresiones es exclusiva de la versión española de la Directiva, pues en las versiones inglesa,

¹³² Según resulta del Considerando 14, este derecho es conveniente debido a que “*el consumidor no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato*”.

francesa e italiana se utiliza la misma en todos los párrafos del precepto¹³³. Consecuentemente, parece que la causa de esta falta de rigor es más bien obra de los traductores que del Legislador comunitario cuya intención es clara¹³⁴.

La Directiva fue acogida favorablemente por la doctrina, salvo por lo que respecta a la exclusión de los servicios financieros de su ámbito de aplicación, opción que es considerada como desacertada¹³⁵.

En efecto, la Directiva 97/7/CE incluía inicialmente los servicios financieros, si bien fueron finalmente excluidos¹³⁶, haciéndose preciso por tanto una normativa posterior que se circunscribiera a los servicios financieros. Aunque las razones que

¹³³ En efecto, la versión inglesa se refiere uniformemente en el precepto al *right of withdrawal*, la francesa al *droit de rétractation* y la italiana al *diritto di recesso*.

¹³⁴ La doctrina se ha manifestado reiteradamente sobre lo que se suele denominar el “*problema lingüístico*” en la Unión Europea, y que nace de la norma según la cual todo acto jurídico debe redactarse en la lengua oficial de cada uno de los distintos Estados que conforman la Unión. Es más, se considera que cada ciudadano comunitario tiene derecho a comunicarse en su lengua oficial lo que provoca la necesidad de interpretación incluso en las reuniones de las Instituciones a todas las restantes lenguas oficiales. Eso exige la existencia de un cuerpo de funcionarios comunitarios muy amplio encargado de las traducciones e interpretaciones, con las dificultades que, en el ámbito jurídico y respecto de la terminología a utilizar, provoca. Al respecto, puede consultarse MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Cuarta edición, Madrid, 2002, pág. 449 y ss. También, GARRIDO NOMBELA, R., “La traducción en la Comunidad Europea y el lenguaje jurídico comunitario”, Centro Virtual Cervantes, Hieronymus complutensis, nº 3, págs. 35-41. Disponible en http://cvc.cervantes.es/lengua/hieronymus/pdf/03/03_035.pdf a fecha 3 de enero de 2013.

¹³⁵ FERNANDEZ PEREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Madrid, 2009, pág. 118.

¹³⁶ La Posición Común del Consejo de 29 de junio de 1995 declara, en su apartado 7.iii. Observaciones específicas: “Al tiempo que reconoció la importancia de la protección al consumidor en materia de contratos a distancia de servicios financieros, el Consejo consideró que, teniendo en cuenta el carácter específico de los servicios financieros –ya cubiertos en varios puntos por la legislación comunitaria- y de bienes inmobiliarios (aparte del arrendamiento) –en que las legislaciones nacionales presentan todavía rasgos específicos-, y el hecho de que los contratos relativos a dichos servicios y a dichos bienes están, en gran parte, ya excluidos del derecho de rescisión por la propuesta modificada (guiones segundo y tercero del apartado 4 del artículo 12), es preferible excluirllos del campo de aplicación”. La Propuesta modificada a la que se refiere el Consejo es la exclusión del derecho de resolución en los supuestos de “transacciones de valores mobiliarios y otros productos o servicios cuyo precio esté sujeto a las fluctuaciones de un coeficiente de mercado financiero que el proveedor no controla”. Este texto, en muy similares términos constituye en la actualidad el art. 6.3, segundo guión. Por su parte, en la segunda lectura ante el Parlamento Europeo, el 15 de diciembre de 1995, la enmienda que pretendía incluir los servicios financieros en el ámbito de la Directiva no alcanzó la mayoría necesaria.

resultan de los textos son técnicas¹³⁷, la doctrina considera que en realidad fue la presión de la industria financiera lo que provocó la exclusión¹³⁸.

En efecto, el art. 3 de la Directiva establece que la misma no se aplicará a los contratos que se refieran a los servicios financieros enumerados en una lista que se incorpora como Anexo II. Aunque esta lista se califica como no exhaustiva, contiene la totalidad de los servicios financieros al incluir los bancarios, los servicios de inversión, los de seguro y reaseguro y finalmente los relativos a fondos de pensiones. A modo de justificación, se incorpora en la Directiva una Declaración de la Comisión según la cual *reconoce la importancia de la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia de servicios financieros, dado lo cual ha elaborado un Libro verde sobre «Los servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores», añadiendo que a la luz de las reacciones que suscite el Libro verde, la Comisión estudiará la forma de integrar la protección de los consumidores en la política de servicios financieros y sus posibles implicaciones jurídicas, y, en su caso, presentará las propuestas oportunas*¹³⁹.

¹³⁷ Básicamente, la creciente complejidad del sector financiero en Europa y la necesidad de un examen detenido de la verdadera extensión de la protección conferida por las Directivas ya vigentes.

¹³⁸ En tal sentido, ANCOS FRANCO, H., “La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros: una perspectiva de Derecho Comunitario Europeo”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, julio-diciembre 2001, pág. 630. Según la autora, es cierto que los servicios financieros tenían características especiales respecto de otros tipos de servicios (se contratan a largo plazo, desconocimiento de los consumidores respecto de los mismos, complejidad de los productos, etc.), pero precisamente tal circunstancia aconsejaba su regulación urgente.

¹³⁹ Esta misma opción de exclusión de los servicios financieros en la regulación de la regulación de los contratos a distancia, se ha seguido con la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores. Sobre la influencia que, a pesar de la exclusión, pudiera tener sobre una eventual reforma de la DCDSFC nos hemos ocupado en NOVAL LAMAS, J.J., “La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores y el derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino* (Coord. MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LOPEZ, J., PINO ABAD, M.), Madrid, 2015, págs. 357-366.

I.4.2. La Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Efectivamente, el Libro Verde titulado “Los servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores” fue publicado en mayo de 1996¹⁴⁰ y su objetivo consistía en estimular a todos los interesados a opinar sobre la adecuación del grado de protección del consumidor por la legislación vigente en ese momento en materia de servicios financieros y sobre la posible conveniencia de adoptar otras medidas. Se dividía en tres partes: una primera donde se exponía la atención prestada a los intereses del consumidor dentro de la legislación comunitaria; otra donde se señalaban una serie de problemas detectados y una tercera que estudiaba las futuras tendencias de la comercialización de servicios financieros, incluida la venta a distancia¹⁴¹.

El Libro Verde generó un amplio debate en el que participaron los sectores bancario, de seguros y de valores, así como agrupaciones de consumidores y usuarios y las autoridades nacionales. Igualmente, se emitieron sendos informes por el Parlamento Europeo en fecha 19 de febrero de 1997¹⁴² y por el Comité Económico y Social en fecha 30 de octubre de 1996¹⁴³, publicando finalmente la Comisión una Comunicación, denominada “Servicios financieros: reforzar la confianza del consumidor”¹⁴⁴, con las medidas de seguimiento del mismo. En dicha Comunicación, además de incidir en la

¹⁴⁰ COM (96) 209 final, de 22 de mayo de 1996.

¹⁴¹ Señala GALÁN LÓPEZ, C., “Libro Verde sobre servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 63, julio-septiembre 1996, pág. 859, que, en materia de ventas a distancia de servicios financieros, se hacía necesario dar respuesta a cuestiones concretas, tales como la existencia de necesidades específicas de información, mayor claridad y pertinencia de la misma facilitada a consumidores tanto con anterioridad a la celebración del contrato como con posterioridad, apuntándose finalmente la posibilidad de establecer que la conformación se realice por escrito. También se planteaba la concesión de plazos de reflexión, extendiendo a los servicios bancarios los previstos en el contrato de seguro de vida, aunque matizándolo en aquellos supuestos en que el precio de los bienes o servicios esté sujeta a fluctuaciones en el mercado financiero o si la ejecución del contrato ha comenzado antes del transcurso del plazo de reflexión con el consentimiento del consumidor.

¹⁴² Resolución del Parlamento, de 17 de febrero de 1997, PE 220.154/fin.

¹⁴³ DOCE núm. C 56, de 24 de febrero de 1997, pág. 76.

¹⁴⁴ COM (97) 309 final, de 26 de junio de 1997.

necesidad de incorporar plenamente a la legislación nacional la normativa comunitaria aprobada hasta esa fecha, estimó necesarias dos actuaciones: por un lado, un cambio de actitud, para lo que se propiciaría el diálogo entre el sector financiero y los consumidores; por otro, un programa legislativo específico, anunciando la presentación de nuevas directivas o modificaciones de las ya vigentes. Dentro de ese programa legislativo ocupa un lugar importante la promulgación de una Directiva específica para regular la contratación de servicios financieros a distancia, para lo que se pretendía presentar una propuesta antes de finalizar el otoño de 1997.

La Comisión Europea era consciente de las lagunas que presentaba la regulación sobre servicios financieros¹⁴⁵ así como que la generalización de la existencia de ordenadores en los hogares y la aparición de nuevos sistemas de comunicación provocaría una expansión de este nuevo canal de distribución. Señalaba específicamente en la citada Comunicación que los contratos a distancia de servicios financieros y otros tipos de contratos a distancia presentaban diferencias, como específicamente el derecho a renunciar al mismo “*que resulta improcedente si el precio del servicio financiero está sujeto a las fluctuaciones del mercado o si el contrato surte ya efecto (como ocurre con los seguros de automóviles)*”. Así, en 1998 se publica una propuesta de Directiva que finalmente se promulgó como Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002¹⁴⁶.

Su tramitación, al igual que había ocurrido con la Directiva 97/7/CE, tampoco fue fácil¹⁴⁷, atravesando diversas vicisitudes: la Comisión presentó su Propuesta de

¹⁴⁵ Las principales cuestiones que carecían de regulación en las Directivas que regulaban hasta ese momento los servicios financieros eran las siguientes: a) no se establecía la confirmación escrita (en papel o en otro medio duradero) del contrato (con excepción del crédito al consumo y el seguro de vida); b) no existía el derecho de anulación a favor del consumidor (con excepción del seguro de vida); c) tampoco existían normas sobre comunicaciones no deseadas; d) no se preveían soluciones a los supuestos de fallos del servicio; y e) no existían normas que estableciesen los principios básicos para la resolución de controversias. En tal sentido, ANCOS FRANCO, H., “La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros: una perspectiva de Derecho Comunitario Europeo”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, julio-diciembre 2001, pág. 631.

¹⁴⁶ DOCE núm. L. 271, de 9 de octubre de 2002.

¹⁴⁷ Una reseña de los principales hitos en la tramitación de la Directiva puede consultarse en MUNAR BERNAT, P.A., “La Directiva sobre contratos a distancia en materia de servicios financieros”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, Vol. 2, 2002 (Derecho civil, derecho de obligaciones), pág. 1190.

Directiva inicial en fecha 19 de noviembre de 1998¹⁴⁸, emitiéndose Dictamen por el Comité Económico y Social en fecha 29 de abril de 1999¹⁴⁹ y por el Parlamento Europeo el 5 de mayo de 1999¹⁵⁰. Con posterioridad se presentó por la Comisión la propuesta modificada de Directiva, de fecha 23 de julio de 1999¹⁵¹, adoptándose con posterioridad una Posición común del Consejo en fecha 19 de diciembre de 2001¹⁵². Finalmente, fue aprobada mediante Decisión del Parlamento en sesión de 14 de mayo de 2002 y mediante Decisión del Consejo en fecha 26 de junio de 2002.

Aunque sobre la DCDSFC tendremos ocasión de pronunciarnos en los diversos capítulos de este trabajo al analizar la Ley 22/2007, es conveniente en este momento hacer alguna consideración de carácter general sobre su contenido.

El primer aspecto a tener en cuenta es que se trata de una Directiva de armonización plena o Directiva de máximos, frente a la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia, que era una Directiva de mínimos¹⁵³, siguiendo la tendencia de las anteriores. En efecto, ya el art. 8 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales había establecido que su contenido no sería obstáculo *“para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aún más favorables en materia de protección a los consumidores en el ámbito amparado por ella”*. Esta tendencia continuó con las posteriores Directivas en materia de protección a los consumidores: Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 de Septiembre de 1984, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa¹⁵⁴;

¹⁴⁸ DOCE núm. C 385, de 11 de diciembre de 1998, pág. 10.

¹⁴⁹ DOCE núm. C 169, de 16 de junio de 1999, pág. 43.

¹⁵⁰ DOCE núm. C 279, de 1 de octubre de 1999, pág. 207.

¹⁵¹ DOCE núm. E 177, de 27 de julio de 2000, pág. 21.

¹⁵² DOCE núm. C 58 E, de 5 de marzo de 2002, pág. 32.

¹⁵³ En efecto, en su art. 14 establece que *“los Estados Miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas, compatibles con el Tratado, a fin de garantizar una mayor protección del consumidor”*.

¹⁵⁴ DOCE núm. L 250, de 19 de septiembre de 1984. Establece su artículo 7: *“La presente Directiva no obstaculiza el mantenimiento o la adopción por los Estados miembros de disposiciones tendentes a*

Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹⁵⁵; y Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo¹⁵⁶.

Frente a esta tendencia anterior, la DCDSFC establece en su considerando 13 que *“la presente Directiva debe garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de garantizar la libre circulación de los servicios financieros. Salvo que la presente Directiva indique expresamente lo contrario, los Estados Miembros no deben poder adoptar más disposiciones que las establecidas en la presente Directiva para los ámbitos armonizados por ésta”*. Se completa esta declaración de intenciones contenida en el Preámbulo de la Directiva con el art. 4 que permite que los Estados mantengan o introduzcan disposiciones más estrictas sobre los requisitos de información previa siempre y cuando sean conformes con el Derecho comunitario y en tanto no tuviera lugar una armonización suplementaria¹⁵⁷.

La opción de armonización mínima o máxima ha sido intensamente debatida por la doctrina, especialmente, en los últimos tiempos, a consecuencia de la tramitación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que opta también por el criterio de la armonización máxima¹⁵⁸.

asegurar una protección más amplia de los consumidores, de las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como del público en general”.

¹⁵⁵ DOCE núm. L 095, de 21 de abril de 1993. Establece en su artículo 8: *“Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”*.

¹⁵⁶ DOCE núm. L 171, de 7 de julio de 1999. Su artículo 8 establece: *“Derecho interno y protección mínima. 1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual. 2. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más exigentes, compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado”*.

¹⁵⁷ Obedece esta regulación, como suele ser habitual en el Derecho derivado comunitario, a la tensión entre Comisión y Parlamento, de un lado, que optaban por la armonización máxima, y el Consejo, de otro, que mantuvo inicialmente el principio de armonización mínima, aunque ya en la Posición Común se adoptó definitivamente lo que fue el resultado final.

¹⁵⁸ Al respecto, puede consultarse el trabajo de EBERS, M., *“De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”*, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2010.

Debe tenerse en cuenta que las Directivas comunitarias que introducen normas de protección de los consumidores persiguen al mismo tiempo como objetivo el desarrollo y buen funcionamiento del mercado interior. En ese contexto, las directivas de armonización mínima son más favorables para los consumidores al permitir a cada Estado miembro introducir mejoras en su régimen protector, mientras que las directivas de armonización máxima, al impedir esas mejoras, se orientan más hacia el mercado común y la inexistencia de barreras a los intercambios comerciales entre los Estados miembros¹⁵⁹. No obstante, presentan el inconveniente de dar lugar a una mayor fragmentación jurídica y a mayores costes para las empresas que pretenden actuar fuera de sus mercados nacionales¹⁶⁰. Buen ejemplo de esa fragmentación jurídica es precisamente la Directiva 97/7, reguladora de la contratación a distancia, cuya transposición a los ordenamientos nacionales dio lugar a la existencia de plazos de desistimiento diversos (siete días en Francia, Bélgica, Austria, Inglaterra o España; diez días hábiles en Italia; catorce días naturales en Portugal o dos semanas en Alemania), lo que supone un obstáculo a las ventas transfronterizas.

Por su parte, la armonización máxima tampoco está exenta de problemas, pues impide el avance de la normativa protectora al no poder ningún Estado mejorar la comunitaria. También ocasiona problemas en aquellos ordenamientos que, a la hora de la transposición, no introducen leyes especiales sino que integran el contenido de las Directivas en las leyes generales¹⁶¹, pues le obligará a disponer de una duplicidad de regímenes, el general y el propio del Derecho del consumo.

En cualquier caso, la opción mayoritaria en la Unión Europea, tanto en 2002 como en la actualidad, es acudir a la armonización máxima. En tal sentido, el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados Miembros, de 15 de noviembre de 2001¹⁶², había instado a la

¹⁵⁹ En tal sentido, MORAIS CARVALHO, J., “La protección de los consumidores en la Unión Europea: ¿mito o realidad?”, *Criterio Jurídico*, nº 6, 2006, pág. 259.

¹⁶⁰ EBERS, M., “De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2010, pág. 10.

¹⁶¹ EBERS, M., “De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2010, pág. 13.

¹⁶² COM (2001) 398- C5 – 0471/2001- 2001/2187 (COS), publicada en DOCE de 13 de junio de 2002, C 140E/538, 541, nº 12.

Comisión para que presentara propuestas de revisión de las directivas sobre protección de los consumidores relativas al Derecho contractual “*para suprimir las cláusulas de armonización mínima que han impedido el establecimiento de una normativa uniforme a nivel de la Unión Europea en detrimento de los consumidores y de un funcionamiento adecuado del mercado interior*”.

En ese contexto se dictó la DCDSFC como Directiva de armonización máxima¹⁶³. Sin embargo, no es la única previsión a favor del consumidor. Además, se establece en el art. 12 lo que denomina como *carácter imperativo* de la Directiva, estableciéndose, de un lado, el carácter irrenunciable de los derechos que confiere y, de otro, la obligación de los Estados miembros de dictar las medidas necesarias para que el consumidor no pueda verse privado de su protección por haber elegido como ley del contrato la de un tercer país si el contrato tiene un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro. Con esta imposición a la autonomía privada de un sistema de garantías de *ius cogens*¹⁶⁴ se persigue evitar que el prestador del servicio pueda eludir por vía convencional la protección conferida al consumidor, ya sea a través de una cláusula de renuncia, ya mediante la sumisión a la ley de un país tercero¹⁶⁵,

¹⁶³ Sobre el carácter de armonización máxima de la Directiva ha tenido ocasión de ocuparse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recientemente, en el Asunto C-70/11. En este asunto, la Comisión demandó al Reino de Suecia por no ajustarse a la Directiva en su transposición al Derecho interno. Según su demanda, en el caso de desistimiento la normativa sueca permite que el operador económico pueda exigir, además del pago de los servicios efectivamente prestados, el reembolso de lo que se denomina en la norma “*costes razonables por la provisión de los servicios*”. Esta previsión va en contra de lo previsto en el art. 7.1 de la Directiva, que establece que en caso de desistimiento el consumidor tan sólo estará obligado a pagar el servicio realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, por lo que podría desincentivar el ejercicio del derecho de desistimiento. El 13 de marzo de 2012, Suecia notificó que había dictado una Ley de 9 de febrero de 2012 (con entrada en vigor el 1 de marzo) que venía a modificar la norma de transposición de la Directiva de tal modo que la redacción definitiva establece que el comerciante tendrá derecho a una compensación por los servicios suministrados antes del ejercicio del derecho de desistimiento, si bien esa compensación no podrá superar la cantidad proporcional al servicio prestado hasta ese momento en relación con el total pactado. Ante esta modificación legal la Comisión se ha desistido del procedimiento, que queda de este modo concluido y sin que lleguemos a conocer la opinión del Tribunal.

¹⁶⁴ MARIMÓN DURÁ, R, *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*. Madrid, 2010, pág. 41.

¹⁶⁵ La trasposición de la norma en la LCDSFC se contiene en el art. 3, según el cual “*las normas de protección a los consumidores contenidas en esta Ley serán de aplicación cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un Estado no comunitario, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el proveedor ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá,*

estableciéndose de este modo una auténtica *vis atractiva* de la regulación comunitaria respecto a servicios financieros prestados a los ciudadanos de la Unión aunque se haya elegido como aplicable al contrato la ley de un país tercero siempre que el negocio tenga un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados Miembros.

Una segunda nota característica de la Directiva es que, como manifestación del principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos –al que ya nos hemos referido–, sólo regula la contratación del servicio, pero no el contenido obligacional del contrato¹⁶⁶. La normativa que contiene la Directiva tiende a garantizar que el consumidor pueda formar libremente su voluntad por lo que regula la formación del contrato, para dotarlo de transparencia, respetando el régimen de los contratos preexistentes que mantendrán la regulación de cada ordenamiento estatal. Precisamente por eso, la protección al consumidor se articula a través de los derechos de información precontractual (arts. 3 a 5) y de rescisión de los contratos (arts. 6 y 7), de manera similar a la contenida en la Directiva 97/7/CE.

Cabe destacar en este punto que ha desaparecido de la Directiva finalmente aprobada el derecho de reflexión (“*warming up*”) configurado en la propuesta inicial, consistente en que el consumidor debía estar informado de las condiciones contractuales durante un periodo de catorce días anteriores a la contratación, lo que le permitía comparar entre distintas ofertas y examinar el contrato. La propuesta modificada, tras aceptar la enmienda 21 del parlamento, decidió que se protegía mejor al consumidor garantizando el derecho a recibir información completa y fijando el contenido de la misma.

La tercera nota a destacar del contenido de la Directiva es la continuidad respecto a la Directiva 97/7 en la definición de contrato a distancia, entendiéndose por tal sólo aquel que se celebre en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor, excluyendo de este modo los servicios prestados de forma ocasional. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que se rechazó una enmienda del Parlamento que pretendía cubrir todo contrato a distancia

asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro”.

¹⁶⁶ En tal sentido, MARIMÓN DURÁ, R, *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*. Madrid, 2010, pág. 42.

aunque no se celebrara en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicio a distancia¹⁶⁷.

I.4.3. La trasposición en España de las Directivas comunitarias.

En 1996 se promulga en nuestro país la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), cuyo objetivo, tal y como indica su Exposición de Motivos, era el establecimiento de un régimen jurídico de la distribución comercial que tuviese en cuenta la coexistencia de un sistema tradicional con otro constituido por empresas y tecnologías modernas. Alude también la norma a la existencia de nuevas modalidades de venta al público regidas hasta ese momento por la libertad contractual y que podían suponer situaciones de abuso para los consumidores.

Por eso, junto a aspectos propios de la distribución, la Ley reguló diversas modalidades de venta, algunas calificadas como ventas especiales, entre las que se incluyó a las ventas a distancia. Aunque nada se especificaba en la norma, incorporaba la regulación de la contratación a distancia, que se encontraba aún en tramitación en el marco comunitario, dedicando el capítulo II del Título III, a las *ventas a distancia* –que incluía los arts. 38 a 48- y la Disposición Adicional Primera, que extendía su régimen a la prestación de servicios a distancia, si bien con algunas matizaciones.

La técnica legislativa fue objeto de severas críticas por parte de la doctrina¹⁶⁸, pues no parecía tan urgente establecer una normativa aún no terminada de perfilar en el ámbito comunitario. Una vez dictada la Directiva 97/7/CE, que recogía las normas de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, se hizo necesaria la

¹⁶⁷ La cuestión del sistema organizado de ventas o prestación de servicios a distancia, ha sido también objeto de debate en la tramitación de la Directiva 2011/83/UE, pudiendo consultarse al respecto MIRANDA SERRANO, “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 11, 2012, págs. 86-88.

¹⁶⁸ PASQUAU LIAÑO, M., “Ventas a distancia”, en *Comentario a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (Dir. BELTRAN SANCHEZ, E., PIÑAR MAÑAS, J.L., dir.), Madrid, 1997, pág. 302, que indica que la aprobación definitiva de la Directiva “obligará a una modificación de la Ley española, por cuanto, como bien advirtió MARÍN LÓPEZ, ésta siguió muy fielmente el texto de la primera Propuesta del Consejo, sin tomar en consideración todas las modificaciones posteriores, ni siquiera las que se fueron aprobando durante la tramitación parlamentaria de nuestra ley. De ahí que, en palabras de este autor, una vez aprobada la Directiva, nuestra regulación habrá devenido vieja y, en la medida en que no se ajuste al texto comunitario (como efectivamente ocurre en muchos de sus extremos), tendrá que ser objeto de la oportuna reforma legislativa”. La referencia al trabajo de MARÍN LÓPEZ es a “Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero, coord. Por ARIMANY, MANUBENS y asociados, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, págs. 280 y 281, según cita.

promulgación de una nueva ley que procediera a la adecuación de la LOCM al texto final de la directiva. Se promulgó así la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias¹⁶⁹.

En su Exposición de Motivos se hace referencia al esfuerzo llevado a cabo por el legislador de 1996 para atenerse en la regulación de la materia a lo que entonces sólo era un Proyecto de Directiva, hasta el punto de que los aspectos fundamentales de la Directiva –como el derecho de desistimiento, la prohibición de envíos no solicitados, el pago mediante tarjeta o el deber de información- estaban ya incorporados en nuestra legislación a través de la LOCM. No obstante, la Ley 47/2002 se configura como la norma que realiza la transposición de la Directiva comunitaria.

También con la DCDSFC ocurrió una situación similar. Con anterioridad a la promulgación de la Directiva se había dictado por el Banco de España la Circular 3/2001, de 24 de septiembre, a entidades de crédito, que modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela¹⁷⁰. Ambas Circulares fueron dictadas en desarrollo de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1.989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito¹⁷¹, que a su vez, traía causa de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito¹⁷² y cuya finalidad era regular la transparencia de las operaciones y la protección de la clientela.

La Circular 3/2001, en su Exposición de motivos, justifica su dictado porque *“la creciente importancia que está adquiriendo la comunicación con la clientela a través de canales que permiten la realización de operaciones sin la presencia física del cliente en la entidad y especialmente de internet, requiere la adaptación de alguno de los*

¹⁶⁹ BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002.

¹⁷⁰ BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2001.

¹⁷¹ BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1989.

¹⁷² BOE núm. 182, de 30 de julio de 1988.

preceptos de la Circular 8/1990, para que la utilización de estos medios no implique merma alguna en los sistemas de protección del consumidor establecidos en dicha Circular”. Es por ello por lo que vino a introducir modificaciones relativas a la entrega y conservación de documentos contractuales cuando la contratación se lleve a cabo por medios electrónicos¹⁷³.

Pues bien, a pesar de esta temprana regulación de algunos aspectos de la contratación electrónica de servicios financieros¹⁷⁴, España no acometió la trasposición total de la Directiva dentro del plazo impuesto en su art. 21, que expiraba el 9 de octubre de 2004, sino que se promulgó la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados¹⁷⁵, dejando para más adelante la reforma en materia de servicios bancarios. Quizá por el hecho, destacado por la doctrina, de la existencia de una especial vocación del contrato de seguro, concluido tanto entre presentes como entre ausentes, para el empleo de la vía electrónica¹⁷⁶.

Tal y como resulta de su Exposición de Motivos, *“las modificaciones que introduce la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, en la normativa comunitaria de seguros de vida, así como la necesidad de establecer un marco jurídico mínimo en materia de contratos de seguros a distancia que permita*

¹⁷³ Sobre la Circular 3/2001, puede consultarse MATEU DE ROS, R y LÓPEZ-MONÍS, M., “La Circular 3/2001 del Banco de España y los contratos bancarios electrónicos”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 87, julio-septiembre de 2002, pág. 7-41; MATEU DE ROS, R., “Los contratos bancarios a distancia. La revisión de la Circular 3/2001 del Banco de España y la contratación electrónica”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 98, abril-junio de 2005, pág. 121-148.

¹⁷⁴ Totalmente insuficiente, por otro lado. Debe tenerse en cuenta que la única regulación venía constituida por la Circular 3/2001 del Banco de España citada, pues el régimen de la contratación a distancia establecido en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se refería a las ventas a distancia. La extensión a los servicios se realizaba mediante la Disposición Adicional Primera que se remitía a las normas de la venta a distancia y, en cualquier caso, quedaban excluidos los seguros, créditos y servicios de inversión.

¹⁷⁵ BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2003.

¹⁷⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro, *Foro Galego: revista xurídica*, nº 198, 2008, pág. 216, quien considera que el contrato de seguro presenta innumerables aspectos que pueden realizarse por vía electrónica, como *“los actos de la modificación de la póliza, documentos de cobertura provisional, la declaración de la producción del siniestro, la declaración de la resolución del contrato, la reclamación del asegurado, la liquidación del siniestro, etc.”*.

atender la realidad del mercado y servir de base para la futura transposición en su integridad de la mencionada Directiva, exigen efectuar diversas adaptaciones legales”.

En consecuencia con ello, se introducen en esta norma modificaciones en dos Leyes precedentes, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados¹⁷⁷, y la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro¹⁷⁸; la primera para regular la información a suministrar al tomador del seguro en los casos de contratación a distancia, introduciendo conceptos inexistentes hasta ese momento como el de “soporte duradero” y la segunda, básicamente, para introducir el derecho de rescisión del contrato de seguro.

El régimen jurídico que para el contrato de seguro se introduce en esta norma supone un avance de lo que con posterioridad regulará la LCDSFC. Así, se introduce en primer lugar la exigencia de que se suministre al tomador del seguro determinada información con carácter general¹⁷⁹, que se refuerza en el seguro de vida o en el seguro de otro tipo si lo suscribe una persona física¹⁸⁰. Cuando el contrato se celebre por medios electrónicos¹⁸¹ y se concierte con un consumidor – entendido como una persona física que actúe con un propósito ajeno a una actividad comercial o profesional propia – debe informarse además sobre la existencia del derecho de rescisión y el procedimiento que se vaya a seguir para la celebración del contrato, además del resto de condiciones que se establezcan reglamentariamente.

¹⁷⁷ BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1995. Debe tenerse en cuenta que, con posterioridad, se dictó un texto refundido de la misma aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004), en virtud de la autorización contenida en la Disposición Final Cuarta de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del sistema financiero (BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2002), cuyo plazo para su elaboración fue ampliado por la Disposición Final Primera de la propia Ley 34/2003.

¹⁷⁸ BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

¹⁷⁹ Debe informarse sobre el Estado miembro y la autoridad a que corresponde la supervisión de la entidad aseguradora, extremos que deben figurar no sólo en la información previa sino también en la póliza.

¹⁸⁰ En estos casos, debe informarse adicionalmente sobre la legislación aplicable, los medios de reclamación y cuanta otra información se exija reglamentariamente.

¹⁸¹ Según el tenor literal de la norma y siguiendo los precedentes de las Directivas comunitarias, “*en el marco de un sistema de prestación de servicios a distancia organizado por el asegurador que utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración de ese contrato*”.

Toda esta información, así como las condiciones contractuales, han de ser puestas a disposición del tomador del seguro en soporte duradero¹⁸² accesible con antelación suficiente al momento en que éste asuma cualquier obligación derivada del contrato de seguro. Cuando se utilice una técnica de comunicación a distancia¹⁸³ que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información previamente – lo que solo será posible si se hace a petición del tomador- habrá de hacerse inmediatamente después de la celebración del contrato.

Se reconoce además el derecho del tomador del seguro a obtener las condiciones contractuales en papel y a cambiar las técnicas de comunicación a distancia utilizadas.

Por lo que respecta a las modificaciones que se introdujeron en la Ley de Contrato de Seguro, consistieron básicamente en la introducción del derecho de desistimiento¹⁸⁴ que se reconoce para todos los seguros de vida – con independencia de la forma en que se contraten- y para los seguros distintos del de vida que se celebren a distancia.

En el caso de seguros distintos del de vida que sean contratados a distancia por un consumidor¹⁸⁵, éste tendrá la facultad unilateral de resolución del contrato sin indicación de motivos y sin penalización alguna -aunque tendrá que pagar la parte de prima correspondiente al periodo que ha estado asegurado-, siempre que no haya ocurrido el evento dañoso y que se ejercite en el plazo de catorce días contados desde la celebración del contrato o desde que reciba las condiciones contractuales y la información exigida por el art. 60 de la Ley 30/1995 si es con fecha posterior. El ejercicio del derecho se llevará a cabo mediante comunicación dirigida al asegurador a través de soporte duradero, disponible y accesible para éste y que permita dejar

¹⁸² Que se define como todo instrumento que permita almacenar la información de modo que pueda recuperarse fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que tal información está destinada y permita su reproducción sin cambios.

¹⁸³ Definida como todo medio que pueda utilizarse para la celebración de un contrato de seguro entre el asegurador y el tomador sin que exista una presencia física simultánea de las partes.

¹⁸⁴ El texto de la norma lo denomina *facultad unilateral de resolución*, aunque en la Exposición de Motivos se indica que es el *derecho de rescisión* reconocido en la Directiva comunitaria.

¹⁸⁵ Con la excepción de los seguros de viaje o equipaje de duración inferior a un mes, aquellos cuyos efectos terminen antes del plazo en que puede ejercitarse la resolución, y aquellos que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador.

constancia de la misma, debiendo hacerse además de acuerdo con las instrucciones dadas por el propio asegurador. Debe expedirse antes de que venza el plazo establecido.

Los seguros de vida de duración superior a seis meses también podrán resolverse unilateralmente por el tomador sin indicación de los motivos y sin penalización¹⁸⁶, en el plazo de treinta días desde la fecha en que el asegurador le entregue la póliza o documento de cobertura provisional. Si se ha contratado a distancia, el plazo se contará desde la fecha en que se informe al tomador de que se ha celebrado el contrato o reciba las condiciones contractuales e información exigidas por el art. 60 de la Ley 30/1995 si es en fecha posterior.

En general, la valoración de la doctrina científica respecto de la Ley 34/2003, no obstante calificarla de *prematura*¹⁸⁷, fue positiva, considerándose incluso que el posterior cambio de criterio del legislador al sustituir una norma específica y sectorial por una ley global del sector financiero como es la LCDSFC supone una técnica jurídica no muy adecuada, que lejos de otorgar transparencia y nitidez al sistema, supone obviar que el sector asegurador tiene características específicas que ya estaban contempladas en su normativa propia, como sucede con la información precontractual o el perfeccionamiento del contrato¹⁸⁸.

A pesar de que la Ley 34/2003 suponía la trasposición parcial de la DCDSFC, la Comisión Europea interpuso en fecha 15 de marzo de 2006 demanda ante el Tribunal de Justicia solicitando se declarase el incumplimiento por parte de España al no haber adoptado, por lo que se refiere a los servicios financieros distintos de los seguros, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la Directiva y, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión.

¹⁸⁶ Se exceptúan de esta facultad unilateral de resolución los contratos de seguro en que el tomador asume el riesgo de la inversión y los contratos en que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas en los mismos.

¹⁸⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro, *Foro Galego: revista xurídica*, nº 198, 2008, pág. 188, quien considera que la reforma introducida por esta ley fue prematura al introducir “*un cierto régimen del contrato de seguro a distancia, cuando el tomador del seguro (esto es, su contratante), sea un consumidor*”.

¹⁸⁸ MEDRANO MARTINEZ, E., “Comercialización e información a través de internet”, en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 409.

El procedimiento, en el que España alegó que el procedimiento legislativo estaba muy avanzado y que el correspondiente proyecto de ley se aprobaría próximamente, concluyó mediante Sentencia de 19 de abril de 2007¹⁸⁹.

El Tribunal argumenta en su Resolución que la existencia de incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro al final del plazo señalado en el dictamen motivado¹⁹⁰, que tuvo lugar en fecha 13 de julio de 2005, y en consecuencia se dictó Sentencia declarando el incumplimiento de las obligaciones de adaptación del derecho interno a la Directiva¹⁹¹.

Mientras tanto, en 2006 comenzaba su andadura el anteproyecto de ley de trasposición de la DCSFC que tras su oportuna tramitación parlamentaria concluyó con la LCDSFC.

I.5. El iter legislativo de la Ley 22/2007.

I.5.1. El dictamen del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, como supremo órgano consultivo del gobierno -de acuerdo con el artículo 107 de la Constitución-, preceptivamente informa los anteproyectos de ley que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo del

¹⁸⁹ Asunto C-141/06.

¹⁹⁰ Se remite en concreto a la Sentencia de 14 de julio de 2005, Comisión/Alemania, C-433/03, Rec. P. I-6985, apartado 32, según el cual “*A este respecto, basta con recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado y que los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por este Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 11 de octubre de 2001, Comisión/Austria, C-110/00, Rec. p. I-7545, apartado 13, y de 19 de febrero de 2004, Comisión/Luxemburgo, C-310/03, Rec. p. I-1969, apartado 7)*”.

¹⁹¹ Debe señalarse que el de España no ha sido el único incumplimiento en cuanto a la transposición de la Directiva en plazo. También se ha tramitado el asunto C-127/06 ante el Tribunal de Justicia, concluido mediante Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2006, por la que se declara el incumplimiento de su obligación de transposición por parte del Gran Ducado de Luxemburgo, quien durante su tramitación se limitó a indicar que la normativa estaba en trámite. Por otro lado, recientemente también se ha instado un recurso por parte de la Comisión contra el Reino de Suecia por incumplimiento de la Directiva, si bien se ha producido el desistimiento del procedimiento antes de su conclusión.

Derecho comunitario europeo¹⁹², siendo el Pleno de este órgano el competente para emitir el correspondiente dictamen.

El anteproyecto de ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores fue sometido a dictamen del Pleno, que lo emitió con fecha 22 de junio de 2006, con la referencia 639/2006¹⁹³. El dictamen destaca cómo el anteproyecto de Ley viene a dotar a nuestro Ordenamiento de un marco jurídico armonizado y adecuado para los contratos a distancia en materia de servicios financieros garantizando al mismo tiempo un adecuado nivel de protección de los consumidores.

El dictamen, que analiza los diversos informes de otros órganos administrativos con competencia en la materia (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, Banco de España, Dirección General del Servicio Jurídico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.) así como las alegaciones realizadas en el trámite de audiencia por entidades de diverso tipo (desde la Confederación Española de Cajas de Ahorros al Consejo de Consumidores y Usuarios), concluye que el anteproyecto lleva a cabo una adecuada transposición de la Directiva y se ajusta estrictamente a sus previsiones, sin perjuicio de las observaciones que formula.

Entre las observaciones incluidas en el dictamen, y por lo que respecta en concreto al derecho de desistimiento, deben reseñarse las siguientes:

- a. La primera hace referencia al supuesto excluido del derecho de desistimiento en el art. 10.2.f del Anteproyecto, relativo a las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de notario siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos de información del consumidor. El anteproyecto exigía, como requisito adicional, que la intervención del notario fuese preceptiva para la formalización del contrato. El dictamen del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que la Directiva no incluye tal precisión y atendiendo a lo indicado en su informe por el Ministerio de Justicia, propone la supresión de este requisito porque la justificación de esta

¹⁹² Art. 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (BOE núm. 100, de 25 de abril de 1980), en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la anterior (BOE núm. 313, de 29 diciembre de 2004).

¹⁹³ Puede consultarse en la página *web* del BOE.

exclusión del derecho de desistimiento es la simple intervención del notario en el contrato, con independencia de que fuera preceptiva o no para la validez del contrato.

- b. Por otro lado, el art. 11 del Anteproyecto, relativo al pago de los servicios prestados por el proveedor desde la contratación hasta el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor, establecía que el consumidor que ejercite su derecho de desistimiento sólo estará obligado al pago del servicio recibido hasta ese momento y que en ningún caso podría rebasar el importe proporcional de la parte prestada del servicio en relación con el total. A esto, se añadía la precisión de que no se consideraría equivalente a una penalización el cobro de las comisiones devengadas para la celebración del contrato y de los gastos preparatorios de la operación así como para su inscripción en registros públicos. El dictamen del Consejo consideró que esta norma podía determinar que se contraviniera la regla de la proporcionalidad, por lo que el Consejo propuso su eliminación del texto, como así se hizo.
- c. Por último, el párrafo cuarto del mismo art. 11, tras establecer el plazo de treinta días naturales a contar desde la notificación del desistimiento para la devolución por el consumidor de cualquier cantidad recibida del proveedor, establecía que en caso de que se tratara de un préstamo, la devolución del importe prestado debía hacerse *en el momento* de la notificación del desistimiento. Esta precisión, tampoco contemplada en la Directiva, suponía una limitación en el plazo concedido por la Directiva para hacer el reintegro, por lo que el Consejo de Estado propuso su eliminación.

I.5.2. Tramitación parlamentaria de la ley.

El proyecto de Ley, una vez aprobado por el Consejo de Ministros, tuvo entrada en las Cortes Generales, atravesando los siguientes trámites:

- 1.- Mediante acuerdo de 5 de septiembre de 2006, la Mesa de la Cámara acordó encomendar a la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso su aprobación con competencia legislativa plena, así como su publicación en el Boletín Oficial de las

Cortes Generales¹⁹⁴, abriéndose el correspondiente plazo para la presentación de enmiendas, que fue prorrogado en diversas ocasiones¹⁹⁵.

2.- En fecha 17 de abril de 2007¹⁹⁶, la Comisión de Economía y Hacienda aprueba el informe de la Ponencia y procede a la votación de las diversas enmiendas, publicándose su aprobación¹⁹⁷. Igualmente, se publica el texto aprobado que es remitido al Senado¹⁹⁸.

3.- En fecha 26 de abril de 2007, el Senado publica el texto recibido del Congreso, aprueba su remisión a la Comisión de Economía y Hacienda del Senado para su aprobación con competencia plena y abre plazo para enmiendas¹⁹⁹. En fecha 21 de mayo de 2007 se publican las enmiendas presentadas por los distintos grupos políticos en el Senado²⁰⁰. El 30 de mayo de 2007 se designan los miembros de la Ponencia²⁰¹.

4.- Tras la publicación del Informe de la ponencia designada por la Comisión de Economía y Hacienda del Senado²⁰² y de su Dictamen²⁰³ -que incorpora votos particulares de algunos de los miembros consistentes en las enmiendas de sus respectivos grupos- se pasa al Pleno del Senado que debate el proyecto y sus enmiendas en fecha 20 de junio de 2007²⁰⁴, publicándose el texto definitivo aprobado por el Senado el 27 de junio de 2007²⁰⁵ y devolviéndose el mismo al Congreso de los Diputados.

¹⁹⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales de fecha 8 de septiembre de 2006 (Serie A, Núm. 97-1).

¹⁹⁵ Fue ampliado mediante acuerdos de la Cámara publicados en el BOCG en fechas 27 de septiembre de 2006, 4 de octubre de 2006, 18 de octubre de 2006, 25 de octubre de 2006, 2 de noviembre de 2006, 8 de noviembre de 2006, 14 de noviembre de 2006, 22 de noviembre de 2006, 29 de noviembre de 2006, 7 de diciembre de 2006, 13 de diciembre de 2006, 20 de diciembre de 2006, de 27 de diciembre de 2006, 30 de enero de 2007 y 7 de febrero de 2007.

¹⁹⁶ Diario de Sesiones del Congreso, núm. 804, págs. 4 a 9.

¹⁹⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de fecha 20 de abril de 2007, núm. 97-18.

¹⁹⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de fecha 24 de abril de 2007, núm. 97-19.

¹⁹⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de fecha 26 de abril de 2007, núm. 96 (a).

²⁰⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de fecha 21 de mayo de 2007, núm. 96 (c).

²⁰¹ Diario de Sesiones del Senado, núm. 470, pág. 2.

²⁰² Boletín Oficial de las Cortes Generales, de fecha 20 de junio de 2007, núm. 96 (e).

²⁰³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de fecha 20 de junio de 2007, núm. 96 (f).

²⁰⁴ Diario de Sesiones del Senado, núm. 127, págs. 7890-7898.

5.- Finalmente, el Congreso debatió las enmiendas introducidas por el Senado en su sesión de Pleno del 28 de junio de 2007²⁰⁶, publicándose el texto finalmente aprobado²⁰⁷, promulgándose finalmente como Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores²⁰⁸

Las principales cuestiones que se plantearon durante la tramitación parlamentaria fueron las siguientes:

- a. Con carácter general, se presentaron diversas enmiendas que trataban de fijar plazos a las obligaciones establecidas en la ley, tales como el de conservación del soporte duradero o el plazo para suministrar la información previa al consumidor. Todas ellas fueron rechazadas por entenderse que encorsetan innecesariamente las cuestiones que regulan.
- b. Lo mismo cabe decir de las diversas enmiendas que pretendieron establecer el derecho del consumidor a exigir la redacción en lengua oficial de la comunidad autónoma de su domicilio. En este caso, se rechazaron por ser competencia de las comunidades autónomas y por tanto no ser preciso indicarlo en esta Ley²⁰⁹.
- c. Se introdujeron modificaciones que obedecieron a razones técnicas, fundamentalmente. Así ocurrió con el art. 7.1.1.b, que introduce la mención a la identidad del proveedor cuando la relación negocial se entable entre un

²⁰⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de fecha 27 de junio de 2007, núm. 96 (g).

²⁰⁶ Diario de Sesiones del Congreso, núm. 268, págs. 13420-13424.

²⁰⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de fecha 9 de julio de 2007, núm. 97-22.

²⁰⁸ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007.

²⁰⁹ Si bien no es objeto de este trabajo, debe hacerse referencia, en materia de lengua oficial, a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de junio de 2016, en el asunto C-15/15. Se trataba de enjuiciar la conformidad al Derecho comunitario de una norma belga que obligaba a que toda la documentación referida a sociedades establecidas en la región de Flandes estuviesen redactadas en lengua neerlandesa, siendo nulos aquellos documentos que no cumplan tal requisito. El Tribunal considera que el Tratado de la Unión se opone a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro, como la Comunidad flamenca del Reino de Bélgica, que obliga a las empresas que tengan su centro de explotación en el territorio de esa entidad a redactar todas las menciones que figuren en las facturas relativas a transacciones transfronterizas únicamente en la lengua oficial de dicha entidad, so pena de que el juez declare de oficio la nulidad de esas facturas.

consumidor y un representante del proveedor, aspecto éste que no aparecía en el proyecto de ley. Lo mismo cabe decir del art. 18.2.d, que fue modificado en trámite parlamentario para cambiar la norma aplicable, al haberse dictado una ley posterior a la redacción del proyecto de ley²¹⁰.

- d. Mayor importancia tiene la contenida en el art. 9.4 de la ley. El proyecto de ley se refería a la “*invalidéz de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil*”, mientras que el texto definitivo alude a nulidad y a la legislación española. Responde a una enmienda que propone sustituir «invalidéz» por «nulidad» ya que en derecho aquella es la consecuencia de ésta (no hay invalidéz sin declaración previa de nulidad). Por otro lado, se sustituye «civil» por «española» para evitar confusiones, ya que la nulidad puede darse por contravenir la legislación sobre consumidores y usuarios o la ley de condiciones generales de la contratación, por ejemplo, normas cuya naturaleza civil o mercantil es objeto de discusión.
- e. También es relevante la adición al art. 9.1 que en el proyecto sólo exigía que la información se remitiera con suficiente antelación a la celebración del contrato o aceptación de una oferta, mientras que el texto definitivo realza aún más la protección del consumidor, al exigir que sea en todo caso antes de que asuma cualquier obligación.
- f. Pero quizá la más relevante a nuestro juicio sea el cambio absoluto de criterio que se lleva a cabo respecto de las comunicaciones no solicitadas reguladas en el art. 14. Mientras que el proyecto establece para las técnicas de comunicación distintas del teléfono, fax o la vía electrónica, su posible utilización “*cuando el consumidor no se haya opuesto manifiestamente a las mismas*”, en cambio, el texto legal definitivo exige el consentimiento previo favorable del consumidor. Se sigue de este modo el mismo criterio establecido por la Directiva 2002/65.

²¹⁰ En efecto, el proyecto se refiere a la Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación en seguros privados (BOE núm. 106, de 2 de mayo de 1992) y el texto legal aprobado definitivamente se refiere ya a la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (BOE núm. 170, de 18 de julio de 2006).

g. Por lo que respecta, finalmente, al derecho de desistimiento, debemos destacar tres debates al respecto:

1. Uno de los temas interesantes respecto al desistimiento fue la posibilidad de excluir a los contratos de seguro cuando el siniestro hubiera acontecido con anterioridad a la terminación del plazo para el desistimiento. Esta posibilidad ya se había contemplado por la Ley 34/2003 al introducir en el art. 6 bis de la Ley de contrato de seguro la facultad del asegurado de ejercer el derecho “siempre que no haya acaecido el evento dañoso objeto de cobertura”. Debido a la ausencia de esta exclusión en el proyecto de ley, se presentó la enmienda núm. 33 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso que proponía una nueva redacción para el art. 10.2.c excluyéndose del derecho los contratos ejecutados en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que ejerza su derecho de desistimiento, “como los contratos de seguros en los que haya acaecido el siniestro objeto de cobertura, las órdenes de transferencia y las operaciones de gestión de cobro”²¹¹. La motivación de la enmienda consistía en que se trata de un ejemplo claro de ejecución del contrato en su totalidad ya que en estos casos, ha desplegado todos sus efectos y para mayor seguridad jurídica, debe indicarse a modo de ejemplo como las órdenes de transferencia y las operaciones de gestión de cobro.

Sin embargo, la enmienda fue rechazada. El motivo, según el representante del Grupo Parlamentario Socialista –que sustentaba al gobierno autor del proyecto de ley- en la votación de las enmiendas en la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso²¹², “*La enmienda del Grupo Parlamentario Popular recoge algunas salvedades, pero también tengo que decir que el*

²¹¹ BOCG serie A, núm. 97-17, de 22 de febrero de 2007, pág. 50-51.

²¹² Diario de Sesiones del Congreso, núm. 804, pág. 6, de fecha 17 de abril de 2017.

Grupo Popular, ya reconoce en la justificación de su propia enmienda que si se ha producido un daño que el seguro tiene que indemnizar, en la formalización del contrato ya está implícito que si se produce un daño ya no puede haber desistimiento. Por tanto, es innecesario añadirlo porque puede crear más confusión que aclarar lo que se pretende, y por ello no podemos aceptar su enmienda”. En definitiva, se rechazó la enmienda pero se dejó clara la voluntad del legislador de entender que está excluido el derecho de desistimiento en caso de haberse producido con anterioridad el siniestro.

2. El segundo de los debates versó sobre la inclusión o no, entre las excepciones al derecho de desistimiento, de los planes de pensiones, puesto que se trata de una excepción no incluida en la Directiva. El proyecto incluyó la excepción, formulándose enmiendas tanto en la tramitación en el Congreso como en el Senado para la supresión de la excepción²¹³. La razón por la que se rechazaron estas enmiendas hace referencia a la posibilidad de fluctuación del valor de los planes de pensiones y por tanto, al incluirse expresamente como excepción se está especificando la excepción genérica de aquellos servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar y que pudieran producirse durante el plazo de ejercicio del desistimiento²¹⁴.

²¹³ En concreto, enmienda nº 14 en el Congreso, del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, si bien con la única motivación de que la Directiva deja al Estado la libre decisión de incluirlos o no en las excepciones (BOCG serie A, núm. 97-17, de 22 de febrero de 2007, pág. 44). La enmienda de supresión se reproduce ante el Senado, enmiendas núm. 17 formulada por IU (GPMX) y núm. 59, del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), basadas ambas en los mismos motivos (BOCG, Serie II, Senado, núm. 96, págs. 19 y 27-28). La motivación alegada, por otro lado, es incorrecta, puesto que no es que la Directiva lo contemple como una excepción facultativa para el Estado, sino que la Directiva ni siquiera lo contempla como excepción pues da por hecho que se entienden incluidos al incluir en la definición de servicios financieros de su art. 2.b a los servicios de jubilación personal.

²¹⁴ Así se indica por el representante del Grupo Parlamentario Socialista —que sustentaba al gobierno autor del proyecto de ley— en la votación de las enmiendas en la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, que tuvo lugar el 17 de abril de 2017 (Diario de Sesiones del Congreso, núm. 804, pág. 6: “Hay una enmienda muy particular a la que ha hecho referencia el portavoz de Izquierda Unida, señor Llamazares, que se refiere a los planes de pensiones. Es verdad que puede parecer sorprendente, pero

3. Finalmente, debemos hacer referencia a la introducción del párrafo 5 del art. 18, según el cual “*el consumidor podrá rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna*”, lo que plantea la duda –y a la que nos referiremos en el capítulo dedicado al régimen jurídico del derecho de desistimiento- de si estamos ante una facultad distinta y coexistente con el objeto de nuestro análisis. Este precepto fue introducido por la enmienda número 20 en el Congreso, del grupo parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y su motivación era recoger el segundo párrafo del art. 11 de la Directiva, sin mayor detalle²¹⁵. En la votación llevada a cabo en la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, a pesar de que nada se indica por el representante del Grupo socialista sobre la aceptación de la enmienda, se aprueba por 19 votos a favor y 18 votos en contra²¹⁶. Consecuentemente con ello, en el Senado se presenta la enmienda núm. 81 del Grupo parlamentario socialista para suprimir el referido precepto, ahora incorporado en el aún proyecto de ley²¹⁷. Sin embargo, la suerte de esta enmienda es verdaderamente catastrófica –si se nos permite la expresión- y así, en la sesión del 18 de junio de 2007, la Comisión de

debe tenerse en cuenta que los planes de pensiones pueden sufrir fluctuaciones de valoración en el tiempo transcurrido desde la información recibida por el consumidor o la enviada por el proveedor de servicios que pueden modificar la valoración de esos planes de pensiones, y esa fluctuación es lo que hace necesario, a nuestro entender y a juicio del Gobierno, establecer una excepcionalidad. Es cierto que la Directiva no lo manifiesta así, pero puede entenderse razonable, ante esas fluctuaciones que puedan ir en detrimento de una de las partes, tanto del consumidor como del proveedor, recoger esa excepcionalidad. Insisto, la Directiva no hace una relación exhaustiva, sino que deja a los Estados miembros que lo hagan”.

²¹⁵ BOCG serie A, núm. 97-17, de 22 de febrero de 2007, pág. 45.

²¹⁶ Diario de Sesiones del Congreso, núm. 804, pág. 8.

²¹⁷ BOCG, Serie II, Senado, núm. 96, pág. 34. Según se hace constar en la justificación, el proyecto de ley, de acuerdo con la Directiva, prevé la protección al consumidor mediante una serie de medidas como los requisitos de información, el derecho de desistimiento o la regulación de las acciones de cesación, lo que se completa, además, con sanciones administrativas. “*Por ello, contemplar adicionalmente la posibilidad de rescisión unilateral por parte del consumidor llevaría a una legislación nacional más gravosa en su conjunto que la del resto de Estados miembros. Ello podría generar efectos contrarios a la intención que se pretende, la protección a los consumidores*”.

Economía y Hacienda del Senado acuerda incorporar una de las dos enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario socialista, la número 80, al texto de la norma, difiriendo el resto de enmiendas para la votación en el Pleno²¹⁸. En la sesión de Pleno del 20 de junio se indica que se han formulado cinco votos particulares al texto de la ponencia que agrupan las distintas enmiendas de los grupos para su debate y votación. En estos cinco votos particulares se incluyen las enmiendas de cada uno de los grupos de la oposición, sin que el grupo socialista, probablemente por olvido al haberse incorporado la otra enmienda que había formulado al informe de la Ponencia, formule un voto particular²¹⁹. La conclusión de esta tramitación es que la enmienda 81 no se vota y por tanto, a pesar de que habría resultado aprobada, no se modifica el art. 18.5 de la Ley que queda en la redacción actual. Consecuentemente, al votar el Congreso sobre las enmiendas introducidas por el Senado, tampoco se incluye la referida enmienda, que queda de este modo olvidada en el procedimiento legislativo.

I. 6. La Ley 22/2007, una ley estatal y especial.

Finalmente, la Ley 22/2007 fue promulgada y publicada en el Boletín Oficial del Estado en fecha 12 de julio, destacando como características esenciales la de ser una ley estatal y especial.

I.6.1. Una ley estatal.

La LCDSFC tiene su origen en una Directiva comunitaria, instrumento normativo que tiene como destinatarios a los Estados miembros, que vienen obligados a su trasposición al ordenamiento interno. El procedimiento de trasposición, tanto en lo que a tipo de norma jurídica que la lleve a cabo como en lo que se refiere a la

²¹⁸ Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Economía y Hacienda, núm. 484, pág. 2.

²¹⁹ Diario de Sesiones del Senado, Pleno, VIII Legislatura, núm. 127, págs. 7891 (en cuanto a la formulación de votos particulares para el debate y votación) y 7897-7898 (en cuanto a la votación).

organización territorial competente para ello, en los Estados que tienen varios niveles, son cuestiones no reguladas en el Derecho comunitario²²⁰.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de manifestarse en diversas ocasiones sobre esta materia y de sus resoluciones podemos obtener algunas líneas generales:

1. El art. 10 del Tratado constitutivo de la Unión, en su versión consolidada²²¹, reclama la colaboración permanente de los Estados y les exige adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados y de los actos de las Instituciones. En tal sentido, están obligados a tomar todas las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar pleno efecto a las normas comunitarias²²².
2. Rige en esta materia el principio de autonomía institucional y procedimental de los Estados, pues el Derecho comunitario no impone ni prejuzga un determinado procedimiento o institución interna para asumir la concreta tarea de traslado al Derecho interno del acto comunitario. Tales medidas se han de adoptar por las autoridades nacionales en el respeto de las formas y procedimientos del Derecho nacional, correspondiendo al ordenamiento jurídico interno de cada Estado Miembro determinar el procedimiento conducente a tal resultado²²³.

²²⁰ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 5ª Ed., 2005, pág. 497-498.

²²¹ Diario Oficial de Comunidad Europea, C 325/43, de 24 de diciembre de 2002.

²²² En este sentido se pronuncia el Tribunal en Sentencia de 17 de diciembre de 1970, Asunto 30/70, *Scheer*. La resolución resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán y se plantea si sólo la Comisión podía desarrollar un Reglamento comunitario (en materia del mercado de los cereales) o bien los Estados Miembros venían obligados a ello. El Tribunal, en el apartado 8 de la referida resolución establece que “*resultaba legítimo, en interés de una rápida implantación de la organización de los mercados, conferir temporalmente a los Estados Miembros funciones que, en un estado más avanzado de desarrollo, habrían recaído sobre las instituciones comunitarias. Por lo tanto, parece que, lejos de suponer una anomalía en el estado de desarrollo considerado, la intervención de los Estados Miembros constituye precisamente la realización de la obligación general contenida en el art. 5 del Tratado por la cual a los Estados Miembros se le requiere tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que resulten de las acciones adoptadas por las instituciones comunitarias y, en general, facilitar la obtención de los objetivos de la Comunidad*”.

²²³ En este sentido se pronuncian abundantes resoluciones del Tribunal. Podemos citar a tal efecto la sentencia de 11 de diciembre de 1973, Asunto 120/73, *Lorenz*. Se trata de una sentencia que interpreta el

3. Este principio de autonomía institucional y procedimental sólo tiene por límites los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario. Es decir, el Estado no está facultado para dictar normas incompatibles con el contenido y objetivos marcados por la norma comunitaria, ni entorpecer el efecto directo y útil al elegir procedimientos excesivamente complejos o lentos²²⁴.

En nuestro ordenamiento, en lo que respecta al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha tenido ocasión de pronunciarse, puesto que el sistema establecido en la Constitución resulta de gran complejidad. La delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas se establece en los arts. 148 y 149 y, en principio, ninguna competencia en materia de Derecho privado se atribuye a estas. Es más, el art. 149 establece las competencias exclusivas del Estado y, entre ellas, se encuentran la propiedad intelectual e industrial (párrafo 1, núm. 9), nacionalidad (núm. 2), legislación mercantil (núm. 6) y legislación civil (núm. 8).

Sin embargo, es en relación con la legislación civil –donde, en principio, parece incardinarse la normativa privada protectora del consumidor– que el propio art. 149.1.8 establece las correspondientes excepciones, al atribuir la competencia exclusiva al Estado *“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde*

art. 93 del Tratado relativo a la prohibición de los Estado de aprobar ayudas directas y el procedimiento para que la Comisión declare, respecto de las meramente proyectadas, si son o no adecuadas al Tratado. En este sentido, y ante la ausencia de un procedimiento concreto, el Tribunal concluye que *“si bien el efecto directo de la última frase del artículo 93 obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a aplicar esta disposición sin que le sean oponibles normas de Derecho nacional, cualquier que sea su naturaleza, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar el procedimiento jurídico necesario para alcanzar este resultado”*.

²²⁴ En este sentido se pronuncia la Sentencia de 6 de mayo de 1982, Asuntos acumulados 146, 192 y 193/81, en la que se debate sobre qué controles podía establecer el Estado en materia de ayudas a la desnaturalización de cereales. Ante la inexistencia de norma comunitaria al respecto, el Tribunal concluye que corresponde dicha función a los Estados miembros y que *“la única exigencia que debe formularse, a este respecto, desde el punto de vista comunitario, consiste en que las autoridades nacionales procedan en la materia con la misma diligencia que en la aplicación de las legislaciones nacionales correspondientes, de modo que se evite todo menoscabo de la eficacia del Derecho Comunitario”*.

existan”²²⁵. Y ello porque, por otro lado, se atribuye al Estado la competencia exclusiva, entre otras, sobre las *bases de las obligaciones contractuales*.

Por otro lado, la Constitución no menciona la defensa de los consumidores y usuarios en ninguno de los apartados del art. 148 ni del 149, sino que la única mención constitucional al consumo se encuentra en el art. 51.1, que no forma parte del bloque de constitucionalidad, como uno de los principios rectores de la política económica y social. Se trata por tanto de materia que al no estar constitucionalmente atribuida expresamente al Estado, podría corresponder a las Comunidades Autónomas conforme a sus estatutos de autonomía, de conformidad con el art. 149.3, que permite a estas ampliar sus competencias a todas aquellas no atribuidas expresamente al Estado. Así ocurre en diversos Estatutos como el catalán, el andaluz o el gallego.

De ahí que, en este punto, el Tribunal Constitucional haya tenido gran protagonismo. Por lo que a la trasposición de Directivas comunitarias se refiere, el Tribunal considera que los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias no resultan alterados ni por el ingreso de España en la Unión Europea ni por la promulgación de normas comunitarias, añadiendo que la cesión del ejercicio de competencias a favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y por tanto al reparto de competencias establecido. Así se ha manifestado en Sentencias como la nº 236/91 de 12 de diciembre de 1991²²⁶.

²²⁵ Al respecto, puede consultar un estudio detallado en LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, Reimpresión 1992, pág. 46.

²²⁶ BOE núm. 13, de 15 de enero de 1992. Aunque la cuestión debatida en el asunto resuelto por esta Sentencia era a quién correspondía la *facultad de ejecución* de la normativa comunitaria, en concreto sobre control metrológico, el Tribunal no pierde ocasión de sentar su doctrina, en los siguientes términos, en el fundamento jurídico noveno: “Pues bien, así perfilados los términos de esta controversia constitucional, debe señalarse que la traslación de la normativa comunitaria derivada al derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que, de no procederse a su revisión por los cauces correspondientes (art. 95.1 de la Constitución), no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias; la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental [SSTC 252/1988, fundamento jurídico 2.º; 64/1991, fundamento jurídico 4.º b); 76/1991, fundamento jurídico 3.º; 115/1991, fundamento jurídico 1.º]. (...) Frente a esta conclusión, no puede esgrimirse el título competencial del Estado sobre comercio exterior (art. 149.1.10 de la Constitución) e invocar -como hace el Abogado del Estado- su supuesto carácter prevalente y, por tanto, susceptible de romper la validez como regla de deslinde competencial de otros títulos más precisos con los que horizontalmente se entrecruce. Al contrario, frente a una pretendida interpretación expansiva de

Sobre el asunto insiste nuevamente el Tribunal Constitucional en Sentencia nº 79/92 de 28 de mayo de 1992²²⁷, que aborda esta vez el asunto en relación con la alegación estatal de su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3ª) pretendiendo con ello extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de la Constitución y Tratados internacionales y, en particular, del Derecho derivado europeo. Esta alegación es rechazada por el Tribunal Constitucional pues, si así fuera, dada la progresiva ampliación de la esfera material de intervención de la Comunidad Europea, se produciría un vaciamiento notable del área de competencias que la Constitución y los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas²²⁸.

la competencia estatal sobre comercio exterior debe mantenerse otra más restrictiva que atienda tanto a la finalidad específica de la norma como a su alcance. La consolidada doctrina constitucional, anteriormente referida, según la cual el ingreso de España en la CEE y la consiguiente trasposición de las normas de derecho comunitario derivado no altera las reglas constitucionales de distribución de competencias quedaría sin contenido si se aceptase la aplicación extensiva del título de comercio exterior que propugna el Abogado del Estado, pues tal aplicación acabaría por excluir siempre a las CC.AA. en cualquier materia relacionada con el derecho comunitario, ya que sería muy difícil encontrar normas comunitarias que no tuvieran incidencia en el comercio exterior, si éste se identifica, sin más matización, con comercio intracomunitario. (...) En suma, la ejecución del derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario”.

²²⁷ BOE núm. 144, de 16 de junio de 1992.

²²⁸ Se trataba esta vez de varios conflictos positivos de competencia acumulados planteados en relación con disposiciones normativas que instrumentan o articulan la concesión de ayudas económicas a los agricultores y ganaderos, con fondos procedentes del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA), Sección Garantía, de la Comunidad Europea. Para resolver el conflicto, el Tribunal considera que “su objeto viene constituido, en este caso, por disposiciones del Estado o de las Comunidades Autónomas y a su examen debemos ceñirnos, aunque se trate de disposiciones que articulan o aplican otras del Derecho derivado europeo. Por la misma razón, las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991 y 236/1991), “la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias”, pues “la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental”. Ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden considerar alterado su propio ámbito competencial en virtud de esa conexión comunitaria. La ejecución de los Convenios y Tratados Internacionales en lo que afecten a las materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas, no supone, como resulta evidente, atribución de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la respectiva Comunidad Autónoma (STC 252/1988 fundamento jurídico 2º). De otro lado el Estado no puede ampararse por principio en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3º C.E.) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los Convenios y Tratados internacionales y, en particular, del Derecho derivado europeo. Si así fuera, dada la progresiva ampliación de la esfera material de intervención de la Comunidad Europea, habría de producirse un vaciamiento notable del

Dentro de ese marco de distribución de competencias, la ley, en su Disposición Final Primera, fundamenta la competencia estatal en los apartados 6 (legislación mercantil), 8 (legislación civil), 11 (bases de la ordenación del crédito, banca y seguros) y 13 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) del párrafo 1 del art. 149 de la Constitución.

Si bien no se han planteado dudas sobre la competencia para la promulgación de la norma²²⁹, existen precedentes judiciales en materia de derecho de desistimiento, aunque siempre ha sido el Estado quien ha impugnado leyes de las comunidades autónomas por invadir la competencia estatal en materia de legislación civil y mercantil. En efecto, a las comunidades autónomas tan sólo corresponden competencias sobre aspectos tales como la información al consumidor, el control del cumplimiento por los empresarios de la normativa estatal, la imposición de sanciones administrativas por su incumplimiento, o la simple mención al derecho de desistimiento otorgado por leyes civiles, pero sin entrar ni a otorgarlo ni a regularlo de modo sustantivo²³⁰.

Sin embargo, no ha sido cuestión pacífica y algunas comunidades han entrado a regular directamente el derecho de desistimiento permitiendo al Tribunal Constitucional que se pronunciara al respecto.

Así ocurre, en primer lugar, con la sentencia nº 264/1993, de 22 de julio de 1993²³¹, que resolvió el Recurso de inconstitucionalidad nº 138/1990 interpuesto por el Estado contra la Ley de las Cortes de Aragón 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial de Aragón, por invadir, a criterio del recurrente, el ámbito del

área de competencias que la Constitución y los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas. En definitiva, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que "no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario" (STC 236/1991, fundamento jurídico 9º).

²²⁹ Como indica MARTINEZ-GIJON MACHUCA, P., "La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje", *Revista de Derecho Patrimonial* nº 31, 2013, BIB 2013\1580 (versión electrónica), pág. 8, a la hora de abordar el complejo sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y en concreto a la hora de determinar las concretas materias que componen la legislación mercantil, hay que atender al propósito perseguido por la Constitución en la atribución de competencias, que no es otro que garantizar la unidad del mercado nacional. Es evidente, por tanto, que la unidad del mercado exige que la regulación de un derecho básico en una materia esencialmente mercantil como es la financiera tenga carácter estatal.

²³⁰ GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., "Derecho de desistimiento", en *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.), Madrid, 2011, pág. 1233.

²³¹ BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1993.

Derecho mercantil y obligacional, de titularidad estatal, por afectar su regulación al ámbito de las obligaciones *inter privados*.

El Tribunal, tras recordar su doctrina anterior²³² sobre la competencia estatal en materia de contratación, delimita el ámbito de la competencia autonómica, que debe ceñirse al espacio de las relaciones jurídico-públicas, impidiendo o limitando las prácticas lesivas de los intereses tutelados, definiendo las conductas exigibles en congruencia con tales intereses y estableciendo las sanciones administrativas pertinentes, pero sin determinar consecuencia alguna en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas ni imponer un contenido contractual determinado pretendidamente acorde con el fin protector perseguido, ya que eso corresponde al acervo competencial del Estado ex art. 149.1.6 y 8 C.E. Concluye, en consecuencia, con la inconstitucionalidad de las normas sometidas a su criterio, pues implican un “*exceso del Parlamento autonómico en el desenvolvimiento de la competencia sobre defensa del consumidor y del usuario [art. 36.1 c) del Estatuto], ya que claramente incide en el contenido de los contratos, lo que, como se ha dicho, únicamente cumple regular al Estado, de acuerdo con el art. 149.1.6 y 8 C.E.*”²³³.

²³² Según la sentencia, “*parece conveniente recordar que ya en la temprana STC 37/1981 declaró el Tribunal que sólo la legislación emanada de los órganos centrales del Estado puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de la actividad del empresario mercantil puede dar lugar y el contenido necesario de aquéllos y éstas (fundamento jurídico 3º). Por su parte, la STC 71/1982, a propósito de la regulación de lo que deba entenderse por cláusulas contractuales abusivas en perjuicio del consumidor, consideró como de pertenencia estatal la normación de las condiciones generales de contratación o de las distintas modalidades contractuales, e igualmente la de la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización o disfrute por los consumidores de bienes, medios o servicios, ya que el régimen de unas y otras materias, incardinado en la legislación civil (art. 149.1.8 C.E.), debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado (fundamentos jurídicos 14 y 19). No es, claro está, que a las normas autonómicas no les quepa disciplinar determinados tipos de venta o articular dispositivos preventivos o correctores de los eventuales abusos a que ciertos contratos puedan conducir. De lo que se trata es de que a través de tales normas no se produzca un novum en el contenido contractual o, en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (STC 88/1986, fundamento jurídico 5º). Por último, aun cuando las normas autonómicas persigan, mediante el reforzamiento de las obligaciones del vendedor, la protección del consumidor y del usuario, “la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se insertan dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los arts. 149.1.6 y 8 C.E.” [STC 62/1991, fundamento jurídico 4º e)]”.*

²³³ En efecto, el art. 30.2 de la ley establecía que “*en todos los casos de venta domiciliaria el comprador dispondrá de un período de siete días para rescindir el compromiso de compra, con el único requisito de comunicárselo de forma fehaciente al comerciante y con los efectos de devolución de la cosa y del precio*”. El Tribunal Constitucional no sólo precisa que dicha competencia es estatal sino que además, ha sido ejercitada a través de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, en la que se establecen preceptos que afectan y modulan el régimen del perfeccionamiento y eficacia de los contratos, como se recoge en su Exposición de Motivos, entre los que se encuentra el art. 5 que reconoce expresamente el derecho de desistimiento.

Por su parte, la Sentencia nº 284/1993, de 30 de septiembre de 1993²³⁴, conoció de los Recursos de inconstitucionalidad acumulados nº 978/1992 y 981/1992, promovidos, el primero, por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, en relación con los arts. 3, 4 y 5 de la Ley del Parlamento de Cataluña 23/1991, de 29 de noviembre, de Comercio Interior, y el segundo, por el Gobierno de la Nación, contra los arts. 4.3, 5, 10 y 12 e), y, por conexión con los mismos, el art. 21.1 b), c) y f) de la misma Ley.

Al igual que en el caso anterior, el impugnante consideraba que los arts. 10 y 12.e) de la Ley sobrepasaban el ámbito de la regulación administrativa, penetrando en el espacio propio del Derecho privado e innovando el contenido contractual necesario de unas determinadas modalidades de la compraventa²³⁵. El Tribunal, acogiendo la tesis del Abogado del Estado, concluye que el legislador autonómico no se ha limitado simplemente a garantizar los derechos informativos de los consumidores, sino que su texto instituye una causa de rescisión contractual cuya regulación es de competencia estatal²³⁶. De este modo, viene a distinguir entre la regulación de un derecho de devolución, de competencia estatal, y la información sobre la existencia de tal derecho, que sólo será inconstitucional en la medida en que se conecte con la regulación del mismo²³⁷. En consecuencia, tan sólo declaró la inconstitucionalidad parcial de ambos preceptos²³⁸.

²³⁴ BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1993.

²³⁵ El art. 10 determina que *"en la venta de productos a domicilio el vendedor está obligado a poner en conocimiento del consumidor, por escrito, el derecho que le asiste de disponer de un período de reflexión, no inferior a siete días, durante el cual puede decidir la devolución del producto de que se trate y recibir las cantidades que haya entregado"*. A su vez, el art. 12 e) dispone que, entre los datos informativos que han de contener, de forma clara e inequívoca, todas las ofertas de venta a distancia, figurará *"el período de reflexión, no inferior a siete días, durante el cual el consumidor puede devolver el producto y recibir la cantidad satisfecha"*.

²³⁶ Reproduce el Tribunal la misma doctrina que en la Sentencia anterior, a la que incluso utiliza como modelo: *"Es indudable, pues, que dicho art. 10 contiene una norma en la que se reconoce y regula un derecho de devolución, que pertenece a la titularidad estatal, incurriendo por ello en una exceso competencial que conlleva su inconstitucionalidad y nulidad, tal y como ya tuvimos ocasión de declarar en el fundamento 5º de la STC 264/1993, en relación con una disposición sustancialmente idéntica; el art. 30.2 de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial de Aragón"*.

²³⁷ *"Este doble contenido nos obliga, pues, a precisar que la competencia autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios comprende la de establecer y regular los datos informativos que deban contener las ofertas de venta, siempre, claro está, se refieran a derechos que vengan reconocidos en normas aprobadas por el legislador que ostente la competencia para ello; en el caso contemplado, el legislador estatal. Por lo tanto, si es cierto que la Generalidad de Cataluña vulneró la competencia estatal al regular el derecho de devolución, también lo es que no existe obstáculo competencial alguno*

Podemos concluir, por tanto, que la LCDSFC es, como norma estatal, la única competente para desarrollar el régimen jurídico del derecho de desistimiento, sin que las Comunidades Autónomas puedan entrar a regular aspectos sustantivos del mismo, sin perjuicio de que puedan establecer, en virtud de sus competencias en materia de consumo, controles administrativos y sanciones para aquellas actuaciones de las entidades de crédito que no cumplan los requerimientos contenidos en la ley estatal.

I.6.2. Una ley especial.

Por otro lado, la LCDSFC es una ley de carácter especial, como se desprende de su propio articulado. Sigue, así, las modernas tendencias legislativas que huyen de la codificación y acuden al sistema de leyes específicas. Como afirma la doctrina²³⁹, el cambio en la forma de legislar no es caprichoso, sino que obedece a una razón dogmática: el ocaso del derecho Mercantil como unidad conceptual plasmada en un Código –y, por tanto, con unidad de sistema– y el paso a su reformulación como un sistema de unidades con sentido propio desarrolladas en sus correspondientes sedes normativas (Derecho de sociedades, Derecho de la contratación mercantil, etc.).

La distinción entre “*Derecho Especial*” y “*Derecho General*” se basa en el ámbito de aplicación de las normas, que pueden dictarse para una determinada clase de

para que dicha Comunidad disponga que en la venta domiciliaria el vendedor está obligado a poner en conocimiento del comprador el derecho que a la devolución del producto y a recibir las cantidades que haya entregado le conceda la legislación estatal vigente, concretada, en este momento, en el art. 5 de la Ley 26/1991 ya citada”.

²³⁸ Según el Tribunal, “*basta con eliminar del art. 10 aquellos elementos que contengan regulación del derecho de devolución que en el mismo se establece, dejando subsistente lo referente a la obligación informativa, que en su consecuencia debe entenderse referida al derecho de devolución previsto en las leyes estatales en relación con la venta domiciliaria, objetivo que se satisface plenamente declarando inconstitucional y nulo el inciso del artículo que dice “no inferior a siete días”, con lo cual la norma queda reducida a imponer, en ejercicio de la competencia autonómica sobre defensa de consumidores y usuarios, una obligación de informar que carece de incidencia alguna en el alcance y contenido del derecho sobre el que se informa. Aplicando igual criterio al art. 12 e) debemos declarar inconstitucional el inciso “no inferior a siete días” que asimismo se contiene en él*”.

²³⁹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Notas a propósito de la codificación mercantil”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coord. LLAMAS POMBO, E.), Tomo II, Madrid, 2006, págs. 395. Añade el autor que “*nos encontramos, por un lado, con un legislador taumaturgo, que usa y abusa de la ley como un remedio rápido y milagroso para solventar cualesquiera de los problemas sociales denunciados por la opinión pública vía medios de comunicación. Pero también, y eso es más grave, con un Estado que desconfía de los operadores jurídicos y que se ve en la necesidad de regular imperativamente y hasta en sus últimos detalles materias y hasta sectores enteros del ordenamiento jurídico privado*”.

personas, cosas o relaciones jurídicas o bien para todas las personas, cosas y relaciones jurídicas, sin distinción alguna. Se afirma en tal sentido que el Derecho especial constituye una desviación de la regla común, mediante un mayor desarrollo o complemento de la misma²⁴⁰; pero esta desviación no supone necesariamente un régimen de excepción frente al Derecho general²⁴¹.

Por otro lado, la norma general y la norma especial no son antitéticas sino que la especial desarrolla principios contenidos en la general y ésta, a su vez, suple las deficiencias de aquélla, de tal manera que se reconoce su carácter supletorio. Por otro lado, es esencial del Derecho especial el sustraer el objeto de su regulación al imperio de una regla general que, en sí misma considerada, sería valedera para él, pero que a través de la norma especial se le dota de un régimen propio²⁴².

En tal sentido, la doctrina suele considerar diversas justificaciones de una ley especial frente a la opción de insertar su contenido en el Código Civil o de Comercio según la materia de que se trate. Así, se indica como justificación el hecho de que la ley especial viene a contener normas que derogan excepcionalmente principios generales contenidos en los Códigos o bien la necesidad de una reglamentación pormenorizada que no encaja con los términos de generalidad y abstracción propios del Código; también se alude a supuestos de temporalidad de la ley –que sería, por tanto, especial no por su materia sino por el tiempo de su vigencia-, o de su complejidad, lo que exigirá cambios normativos frecuentes incompatibles con la aspiración de estabilidad del Código o la aplicación de técnicas jurídicas propias de otros ámbitos del ordenamiento jurídico²⁴³.

La LCDSFC es una ley especial, si bien los motivos para ello son meramente coyunturales y carecen de consistencia a nuestro juicio. Como hemos expuesto con anterioridad, la Directiva sobre contratación a distancia excluyó de su ámbito de

²⁴⁰ Según ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, 15ª Ed., Barcelona, 2002, pág. 30, las normas especiales son aquellas que se apartan de la regla general para mejor aplicar el principio que la preside a ciertas clases especiales de personas, cosas o relaciones.

²⁴¹ ESPÍN CÁNOVAS, D., “Manual de Derecho Civil Español”, Volumen I, 8ª Edición, Madrid, 1982, págs. 12-13.

²⁴² ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, 15ª Ed., Barcelona, 2002, pág. 31.

²⁴³ GARCÍA VICENTE, J.R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Elcano (Navarra), 1997, pág. 32.

aplicación los servicios financieros, que fueron regulados en una Directiva posterior. El legislador español, a la hora de la trasposición de la DCDSFC podía haber optado por incorporar su regulación a la correspondiente a los contratos a distancia, estableciendo las especialidades que fueran precisas. Sin embargo, por una mayor comodidad en la tramitación parlamentaria, se optó por la simple transcripción de la Directiva en una norma específica al efecto.

No siguió así la tendencia operada en otros Estados miembros, como Alemania, cuya opción es calificada por la doctrina como una buena técnica legislativa²⁴⁴. En Alemania, dado que las técnicas utilizadas para la protección del consumidor por la normativa comunitaria consisten en el reforzamiento de los deberes de información del empresario y la concesión del derecho de desistimiento, el legislador ha optado por introducirlas en el Código Civil, mediante la Ley para la modernización del Derecho de obligaciones de 2001. Así, los arts. 312b a 312d regulan los deberes de información en general, mientras que el 312d se dedica a las obligaciones en el marco del comercio electrónico, destinándose finalmente los arts. 355 y siguientes al derecho de revocación²⁴⁵.

Tampoco se ha seguido el modelo francés o italiano, países donde existe un Código de Consumo en el que se han incorporado las normas de trasposición. Así, en Francia, se introdujo la comercialización de servicios financieros a consumidores en el Código de Consumo, dentro de la sección sobre ventas de bienes y prestación de servicios a distancia, que, de este modo, queda comprendiendo tres subsecciones: contratos que no tiene por objeto prestación de servicios financieros, contratos que tienen ese objeto y disposiciones comunes.

En Italia, inicialmente, se incorporó la Directiva por medio de un Decreto Legislativo de 2005, reclamándose por la doctrina que se incluyera en el *Codice del Consumo*, lo que se ha hecho mediante Decreto Legislativo 221/2007, que introduce la

²⁴⁴ MARIMÓN DURÁ, R, *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*. Madrid, 2010, pág. 43.

²⁴⁵ Inicialmente, se aprobó una ley especial que transpuso la Directiva sobre contratación electrónica de 1997, incorporándose después, en 2001 al Código Civil, que fue modificado a su vez en 2004 para introducir las especialidades de la DCDSFC, de 2002. En la redacción actual, se deja fuera del Código Civil el detalle de la información que en cada caso concreto hay que facilitar según el tipo de contrato (ventas fuera de establecimiento mercantil, ventas a distancia, viajes combinados), que se contiene en el Reglamento sobre obligaciones de información y prueba en Derecho Civil, de 5 de agosto de 2002.

Sección IV bis, con diversos preceptos que contienen las normas especiales sobre servicios financieros.

Finalmente, en Gran Bretaña se optó por una norma de carácter especial, la *Financial Services (Distance Marketing) Regulations* de 2004, si bien con la particularidad de que su contenido se ha incluido también en diversos códigos de conducta emitidos por la *Financial Services Authority* (FSA), entidad independiente entre cuyos objetivos figura asegurar un adecuado grado de protección para los consumidores.

La opción española por la ley especial es aún más criticable porque al poco tiempo de la promulgación de la LCDSFC, se aprobó el TRLCU, en el que se incluyeron diversas leyes especiales de protección al consumidor, relativas a materias como la contratación fuera de establecimiento mercantil o los viajes combinados.

La habilitación para el texto refundido se contenía en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores, cuya Disposición final quinta habilitaba al gobierno para que procediera a “*refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*”.

La exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el TRLCU dedica el primero de sus apartados a exponer las razones que llevan al gobierno a incluir unas leyes y otras no. El punto de partida es el anexo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998²⁴⁶, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. En dicho anexo se relacionan nueve Directivas, entre las que se incluye la 97/7/CE en materia de contratos a distancia, pero, como es lógico, no se incluye la DCDSFC por no haberse aprobado en esa fecha.

Con independencia de lo discutible que pueda resultar para delimitar el ámbito de la refundición acudir a un anexo de una Directiva cuyo objeto era la instauración de

²⁴⁶ DOCE núm. 166, de 11 de junio de 1998.

acciones colectivas, aún más criticable resulta que no se trate de una norma con diez años de antigüedad y que, como es lógico, no incluye las Directivas posteriores en materia de protección al consumidor. Lo cual se agrava teniendo en cuenta que la DCDSFC incluye como una de sus medidas la acción colectiva a favor de organismos públicos y organizaciones profesionales o de consumidores en su art. 13, lo que pone de manifiesto que habría figurado en ese anexo de haberse aprobado con posterioridad a la norma.

El único argumento utilizado para excluirla no resulta admisible. La exposición de motivos indica que, si bien la autorización para la refundición permitía la inclusión de normas de trasposición de Directivas que incidían en los aspectos regulados en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo no se incorpora “*en consideración a su incidencia específica, también, en el ámbito financiero*”. Por lo que respecta a la LCDSFC, no se da ninguna explicación sino que precisamente se utiliza el hecho de haberse dictado la Ley para reforzar el argumento de la exclusión de la materia de crédito al consumo del texto refundido que se aprueba.

Es cierto que también se indica que algunas de las normas de trasposición de Directivas incluidas en la relación del anexo utilizado para la delimitación del ámbito de aplicación, “regulan ámbitos sectoriales específicos alejados del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios”. Sin embargo, la regulación de la LCDSFC es, en su mayor parte, protección de los consumidores y usuarios, y, de otro lado, no creemos que los servicios financieros sea un sector muy específico y, en cambio, no lo sea el de los viajes combinados, que sí se incluyen en la refundición. En definitiva, entendemos que la no inclusión en el TRLCU es una ocasión perdida por el legislador para unificar el régimen de la contratación a distancia, como se ha indicado por la doctrina²⁴⁷.

Se confirma así la tendencia a la sucesión de normas especiales, asistemática y sin la debida reflexión de que adolece nuestro ordenamiento jurídico, con los evidente

²⁴⁷ ARROYO APARICIO, A., “Análisis crítico de la normativa relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en la obra colectiva *Tendencias actuales en torno al mercado de crédito* (PULGAR EZQUERRA, J., Dir.; VARGAS VASSEROT, C., Coord.), Madrid, 2010, págs. 342-343.

problemas de seguridad jurídica al resulta difícil de decidir, en muchas ocasiones, cuál es la norma aplicable²⁴⁸.

²⁴⁸ RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Cizur Menor, 2002, pág. 471, para quien “*resulta preocupante la proliferación de normas sobre aspectos relacionados entre sí: contratación a distancia, servicios financieros a distancia, firma y comercio electrónicos. Todo ello en aluvión, apareciendo cada directiva cuando ni tan siquiera se han transpuesto las anteriores o acaban de serlo. Ello resta sistemática, coherencia, seguridad jurídica y confianza al sistema. Pareciera que estamos inmersos en una carrera en la producción de estas normas, que requieren de mayor reflexión y sedimentación*”.

**CAPITULO II.- EL DESISTIMIENTO UNILATERAL EN EL MARCO DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA AUTONOMÍA DE LA
VOLUNTAD Y LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS.**

II.1.La autonomía de la voluntad: configuración y evolución histórica.

Delimitado en el capítulo anterior el objeto de este trabajo referido al derecho de desistimiento del consumidor en la comercialización a distancia de servicios financieros, y fijado su marco legal regulador, dedicaremos el presente a ubicar esta institución en el ordenamiento jurídico español, dentro del cual ocupa un lugar fundamental el principio general de la autonomía de la voluntad.

En efecto, si el derecho de desistimiento supone la posibilidad de que el consumidor extinga un contrato por su sola voluntad y sin necesidad de alegar causa alguna, podría considerarse que choca frontalmente con la norma general de vinculación a lo pactado entre las partes, recogida en nuestro sistema de Derecho privado²⁴⁹, y exponente de la autonomía de la voluntad. Es por ello necesario el análisis de este principio para comprobar su compatibilidad con el derecho de desistimiento así como el encaje de este en el sistema general. No es cuestión baladí, puesto que el derecho de desistimiento tiene a su vez excepciones. De ahí que sea necesario determinar si el propio derecho de desistimiento es una excepción a la norma general o constituye por sí misma una norma general, pues el tratamiento y la interpretación de las excepciones a su existencia será distinta según la opción por la que nos decantemos.

En tal sentido, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, debe ponerse de manifiesto cómo gran parte de la doctrina civilista se refiere a la institución del desistimiento precisamente cuando trata la autonomía de la voluntad -y, más concretamente, al hacer referencia a la prohibición contenida en el art. 1256 del Código Civil de dejar a la voluntad de una sola de las partes la validez y el cumplimiento de los

²⁴⁹ Como se analizará con detalle en este mismo capítulo, el principal exponente de este principio se contiene en el art. 1255 del Código Civil, que establece la libertad de pacto entre los contratantes, complementado por los arts. 1256 –que excluye la posibilidad de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos-, y 1257 del mismo texto legal, al establecer la vinculación de las partes contratantes. Igualmente, ocupa un lugar destacado el art. 1091 del Código Civil, según el cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes. Por otro lado, el Código de Comercio tampoco es ajeno al mismo y así, puede reconocerse en preceptos tales como los arts. 50, 51, 53, 57 y 118 del referido texto legal.

contratos- y no cuando se refiere a la extinción de las obligaciones²⁵⁰ a que se refiere el art. 1156 del mismo texto legal²⁵¹.

Nuestra opinión, que ya adelantamos, es el desistimiento no constituye una excepción a una norma general, sino una forma de extinción de las obligaciones, que puede venir configurada legal o convencionalmente. Adicionalmente, en determinadas obligaciones resultantes de ciertos contratos en los que interviene un consumidor, el desistimiento se configura como una facultad potestativa del consumidor y con la finalidad de brindarle una su mayor protección. Por consiguiente, las excepciones al derecho de desistimiento establecidas legalmente deben entenderse con carácter restrictivo, al constituir verdaderas situaciones excepcionales en el marco de un derecho conferido al consumidor, y no como derogaciones a la excepción de la regla general.

Por lo que respecta al estudio de la autonomía de la voluntad, la primera cuestión que debemos abordar es, precisamente, su propia denominación.

²⁵⁰ Entre las obras doctrinales que hacen referencia al desistimiento, puede citarse FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Código Civil*, 8ª Ed., Cizur Menor (Navarra), 2006. Entre la jurisprudencia incorporada en cada uno de los preceptos del Código, incluye las que hacen referencia al desistimiento en el art. 1256 del Código Civil (págs. 1107-1109), mientras que no hace referencia alguna al desistimiento en las incluidas en el comentario relativo al art. 1156 del mismo texto legal (págs. 1009-1010). En la misma línea se mueve SALAS CARCELLER, A. (Coord.), *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*. Tomo II. Madrid, 2009, pág. 3226. En esta obra, en el comentario al art. 1256 del Código, se indica que la jurisprudencia, interpretando este precepto, ha admitido la cláusula que otorga a una de las partes el desistimiento unilateral, siempre que no se encuentre prohibida en normas especiales y haya sido pactada entre las partes, añadiendo que la normativa sectorial tuteladora del derecho de consumidores en ocasiones recoge expresamente como contenido necesario del contrato la facultad de resolución o desistimiento unilateral del consumidor. En el mismo sentido, se pronuncia OLIVA BLAZQUEZ, F., *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011. En el comentario al art. 1156 Cc, dedicado a la extinción de las obligaciones, se hace referencia al “*carácter escolástico y manualístico*” del precepto (pág. 343), con un contenido “*meramente formal y, por lo tanto, hasta un cierto punto prescindible y fútil, en tanto que no añade nada nuevo al régimen jurídico relativo a la extinción de las obligaciones ni, por otra parte, aporta algún tipo de conocimiento complementario a lo que posteriormente se desarrolla a lo largo del Cap. IV*”. Añade que el precepto es “*incompleto e inexacto*”. Incompleto por cuanto no aparecen recogidas en él otras causas de extinción de obligaciones como el mutuo disenso (STS 5 abril 1979, 1979/1518), el desistimiento unilateral, la prescripción extintiva (STS 20.11.63, 1963/4843), el término esencial (STS 10.12.147, 1947/1361), la condición resolutoria, la nulidad, la rescisión o, entre otras posibles, el fallecimiento (art. 1595 Cc). Y tampoco es jurídicamente exacto (pág. 344), porque incluye supuestos no extintivos como la novación modificativa (1203 Cc) o el pago por un tercero con efectos subrogatorios (1159 y 1210.2). Frente a esta mera enumeración, es en el comentario al art. 1256 del Código, donde se desarrolla la referencia al desistimiento unilateral (pág. 605 a 610).

²⁵¹ Precepto que ha sido calificado como carente de valor normativo y meramente sistematizador, pues se limita a una enumeración ordenada de causas de extinción de las obligaciones. Enumeración, por otro lado, que no es exhaustiva según la doctrina y la jurisprudencia. En tal sentido ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. I (Artículos 1156 a 1213 del Código Civil), Madrid, 1991, pág. 2.

II.1.1. Autonomía de la voluntad, autonomía privada o libertad de contratación.

El término “*autonomía de la voluntad*” es el tradicionalmente utilizado por nuestra doctrina²⁵² y el más reconocido en la jurisprudencia de nuestros Tribunales²⁵³.

Conjuga dos conceptos distintos, autonomía y voluntad. La autonomía se define por el diccionario de la Real Academia Española como “*potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios*” y como “*condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie*”. De estas definiciones y atendiendo a su origen etimológico, podemos conceptuar, por tanto, la autonomía de la voluntad como la posibilidad de darse uno mismo la propia ley.

Por su parte, la voluntad se define como la “*facultad de decidir y ordenar la propia conducta*”, así como la “*elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue*”. En definitiva, la voluntad es la capacidad de decidir la conducta sin venir obligado a ello por un factor externo²⁵⁴.

²⁵² Prueba de ello es la publicación de una obra editada en 2012 por el Consejo General del Notariado, y cuyo título no deja lugar a dudas: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*. Igualmente, así lo reconoce DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral.), Tomo III-1, Madrid, 2012, pág. 3, cuando se confiesa culpable de haber tratado de introducir *con escaso éxito* el término autonomía privada en un Manual de Derecho Civil (el énfasis es nuestro); añadiendo posteriormente que la expresión autonomía de la voluntad es la tradicional y “*con mucho la más utilizada desde siempre*” (pág. 5).

²⁵³ Si se consulta la base de datos de jurisprudencia del Tribunal Supremo publicada en internet por el Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es) y se introduce en el buscador de sentencias de la jurisdicción civil la expresión “autonomía de la voluntad”, resultan 1498 sentencias, mientras que si se utiliza la expresión “autonomía privada”, tan sólo aparecen 424. Además, debe tenerse en cuenta que la expresión “autonomía de la voluntad” forma parte de los conceptos predeterminados por la base de datos, mientras que no ocurre lo mismo con la expresión “autonomía privada”. Efectuada consulta el 12/09/2015.

²⁵⁴ Si bien en un contexto totalmente ajeno al estrictamente jurídico, “*la voluntad es la joya de la corona de la conducta, es la pieza clave para alcanzar los objetivos concretos*”, según ROJAS, E., “La voluntad es lo más importante”, ABC, 9 de enero de 2016 (puede consultarse en <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/sevilla/abc.sevilla/2016/01/09/003.html>; consulta efectuada 11 de mayo de 2017).

Así delimitada, la autonomía de la voluntad podría entenderse como el poder de autorregulación o poder de gobernarse uno a sí mismo²⁵⁵, entroncando de este modo con concepciones filosóficas que exceden el contenido de este trabajo²⁵⁶.

Sin embargo, los detractores de esta terminología indican que el sujeto de la autonomía no es la voluntad sino el individuo, que es quien establece las normas que han de regir sus relaciones jurídicas. De ahí que prefieran la expresión *autonomía privada*, que añade el adjetivo privado –como particular y personal de cada individuo– al sustantivo autonomía. Y ello porque la autonomía no viene calificada por el objeto sobre el que recae sino por los sujetos que la ejercitan, pudiendo concluirse que el término autonomía privada “*designaría la condición de los sujetos particulares de no depender de nadie en la realización de actos jurídicos, negocios jurídicos y contratos*” o el poder de darse a sí mismo normas propias que han de ser obedecidas, que se concreta y materializa a través de los negocios jurídicos, dentro de los cuales se incluyen los contratos²⁵⁷.

Finalmente, también puede utilizarse la noción de “*libertad contractual*” para hacer referencia a uno de los principios que rige la contratación privada, la libertad, referida al ámbito material en el que se aplica, cual es el negocio jurídico en general y, más concretamente, el contrato.

Este término sería preferible, según algún sector de la doctrina²⁵⁸, al ser más amplio y englobar la autonomía contractual que, en tanto referida a la contratación

²⁵⁵ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 4ª Ed., 1ª Reimpr., Madrid, 1982, pág. 387.

²⁵⁶ Puede verse al respecto DE LA HIGUERA GONZALEZ, L.M., “Fundamento filosófico de la autonomía de la voluntad”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo III-1, Madrid, 2012, págs. 109-184.

²⁵⁷ GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, pág. 324. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 22, que define la autonomía privada como “*poder que el ordenamiento jurídico otorga al individuo a fin de que, ejercitándolo, atienda a la satisfacción de sus intereses en sociedad*”.

²⁵⁸ GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, pág. 325.

privada, es autonomía privada. La libertad contractual²⁵⁹ podría definirse, por tanto, como la “*facultad que tienen las personas físicas o jurídicas, de crear, modificar, regular o extinguir relaciones patrimoniales, por medio de actos de autonomía privada basados en el intercambio de voluntades declaradas, emitidas personalmente o por representante, que establecen reglas de conducta cuyo contenido y modalidades determinan –principalmente– los propios sujetos otorgantes*”²⁶⁰. En dicho concepto se incluiría, por tanto, la libertad de conclusión del contrato y la libertad de configuración interna, es decir, la autodecisión y la autorregulación²⁶¹.

No obstante las precisiones anteriores, nosotros nos vamos a referir en adelante a este principio con su denominación tradicional de autonomía de la voluntad, por contar con mayor reconocimiento doctrinal y jurisprudencial.

II.1.2. Origen y evolución histórica del principio de autonomía de la voluntad.

El principio de autonomía de la voluntad, definido en los términos indicados y entendido como “*el poder que el ordenamiento jurídico otorga al individuo a fin de que, ejercitándolo, atienda a la satisfacción de sus intereses en sociedad*”²⁶², no surgió tal y como lo conocemos hoy, sino que se ha venido forjando a lo largo de la historia de manera paralela a la institución del contrato. Como se ha indicado por la doctrina, la

²⁵⁹ GARCIA PITA distingue entre libertad contractual ideal, libertad contractual material y libertad contractual formal. La primera es una cualidad pertinente al ser humano, una libertad de espíritu supuesta en el hombre, considerado como sujeto de relaciones contractuales, que constituye la fuente, motor y medida de estas últimas. La libertad contractual material es el conjunto de circunstancias que rodean al sujeto y vienen a garantizar, asegurar o hacer efectiva esa libertad de espíritu porque se suprimen, eluden o compensan aquellos factores que erosionarían la libertad ideal. Finalmente, la libertad contractual formal es la facultad o poder que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra o de no obrar. Es una facultad reconocida y tutelada por el Derecho, la facultad de hacer cuanto no se oponga a las leyes, la moral o las buenas costumbres e incluye la autonomía como facultad de configurar las mismas partes contratantes el contenido del contrato.

²⁶⁰ GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, pág. 331.

²⁶¹ En tal sentido, ATAZ LÓPEZ, J., SALELLES CLIMENT, J.R., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, Tomo I*, Valencia, 2013, pág. 141.

²⁶² RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 22.

organización social, en un momento determinado, alcanza un estado en el que las relaciones de obligación que forman el tejido conectivo de la vida social no pueden mantenerse sólo con el cumplimiento meramente voluntario de la palabra dada, el deber moral de socorro y el resarcimiento amistoso de los perjuicios causados. Es en ese momento cuando la ley debe intervenir para determinar el contenido exacto de las relaciones de deuda, para confirmar estas y para hacerlas eficaces mediante la fuerza coactiva del Estado²⁶³.

Por otro lado, se trata de un principio que sólo puede tener cabida en una organización social en la que el individuo sea considerado como sujeto de derechos con intereses distintos a los de la colectividad. De ahí que la primera manifestación de este principio se produce en Roma, aunque será el Renacimiento el que convertirá al individuo en centro de gravedad del sistema jurídico y político y la Escuela del Derecho Natural la que establecerá la autonomía individual y la libertad de la voluntad humana como base de las relaciones jurídico-privadas. Posteriormente, la Revolución Francesa y la Codificación supondrán la plasmación en normas de las aportaciones del Iusnaturalismo para el Derecho²⁶⁴. De ahí llegará a nuestros días, si bien con los matices y modificaciones que la sociedad de consumo ha introducido en su concepción actual.

II.1.2.1. La autonomía de la voluntad en el Derecho Romano.

Aunque en el Derecho Romano el mero hecho de ser hombre no era suficiente para ser sujeto de derechos –pues era preciso también que éste fuera libre, ciudadano y *sui iuris*–, sí se asentó el criterio de que el hombre es causa de la constitución de todo

²⁶³ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., pág. 7.

²⁶⁴ Según DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 11, nº 4, 1958, pág. 1010, “se dice y se repite, de modo que se ha convertido en una afirmación tópica, que el dogma de la autonomía de la voluntad nació con Grocio, que es divulgado por Rousseau y Kant y que triunfa con la Revolución Francesa y el Código de Napoleón. De este punto de partida, parcialmente exacto, se han ido haciendo deducciones hasta conseguir consecuencias tan falsas como las siguientes: que la teoría de la autonomía de la voluntad coincide con la concepción liberal-democrática; que el progreso va unido al crecimiento de la autonomía de la voluntad; y que cualquier restricción puesta a dicha autonomía significa un retroceso y una vuelta a los tiempos odiosos del feudalismo”.

derecho²⁶⁵. No obstante, el Derecho Romano no reconoció en sus inicios la posibilidad de que la mera voluntad de las partes creara obligaciones, sino que la regla se fue formando a lo largo del tiempo y para ciertos tipos de contratos, de tal modo que puede decirse que, frente al Derecho actual, en Roma no se reconoció el contrato como categoría general conformada por un acuerdo de voluntades y con abstracción de su contenido, sino que éste venía prefijado con anterioridad²⁶⁶.

En realidad, ni siquiera puede afirmarse la existencia de los contratos como tales, sino que nuestro conocimiento proviene especialmente de la clasificación de los orígenes diversos de las obligaciones que Gayo, jurista del siglo II de nuestra Era, expuso de manera didáctica en una obra, las *Instituciones*, que posteriormente se incorporaría al *Corpus Iuris Civilis* elaborado siglos más tarde por el emperador Justiniano, a través del cual nos ha llegado a la actualidad. Es en esa obra donde se indica que toda obligación nace o del contrato o del delito y, respecto de las primeras, se contraen o por la entrega de la cosa, o por las palabras, o por la forma o por el consenso²⁶⁷.

En efecto, en los orígenes del Derecho Romano, la obligación iba ligada a la observancia de una forma, compuesta de ritos, de tal modo que puede afirmarse que “*es la ceremonia lo que confiere a la promesa o al entrecruzamiento de promesas el valor de certeza y seguridad que les da la posibilidad de ser jurídicamente exigidas y, sólo*

²⁶⁵ IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 7ª ed., 1982, pág. 117. Procede del Digesto (D. 1, 5, 2) el precepto “*hominum causa omne ius constitutum est*”, recogido por Hermogeniano, jurista postclásico de finales del siglo III y principios del siglo IV. En el mismo sentido BLANCH NOUGUÉS, J.M., “Ius, Iustitia y persona: a propósito de la pregunta antropológica”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 10, 2008, pág. 2, quien nos recuerda que las *Instituciones* de Gayo habían situado a la persona como punto inicial y básico del derecho en su ordenación sistemática de éste en personas, cosas y acciones.

²⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., pág. 331. En Roma, sólo tenían validez y fuerza coactiva un determinado tipo de contratos, cuyo número fue ampliándose con el tiempo, pero que siempre constituyó un *númerus clausus*. Además, cada uno actuaba como categoría aislada, sin que existiese el contrato como categoría general.

²⁶⁷ Según las *Instituciones* de Gayo, 88-91, “*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”, añadiendo que “*quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*”.

por ello, vinculantes”²⁶⁸. Es el sentido de la *stipulatio* romana, que sólo hacía nacer la obligación mediante la utilización de *verba certa*²⁶⁹.

La *stipulatio* se celebra *verbis*, es decir, mediante una interrogación del acreedor y una respuesta coherente del deudor²⁷⁰ y otorga fuerza obligacional a todo tipo de convenios²⁷¹, como se desprende de la propia fórmula gaiana.

Precisamente, la primera vez que el Derecho Romano otorgará un cierto valor a la autonomía privada será precisamente con la *stipulatio*, a través de su evolución histórica. En efecto, con el tiempo, se acostumbró a redactar un documento llamado *cautio*, para atestiguar su celebración; con una finalidad, por tanto, de servir exclusivamente como medio de prueba, de tal modo que si se demostraba no haberse pronunciado las fórmulas solemnes, la eficacia del documento decaía. Sin embargo, la evolución posterior del documento, que ya bajo Justiniano sólo carece de valor cuando una de las partes demuestra que estuvo ausente de la ciudad el día que se redactó, culmina con la idea de que plasma la voluntad de las partes, resultando la *stipulatio* una auténtica confluencia de voluntades que recibe su eficacia de la *voluntas* o *consensus contrahentium*²⁷².

Tras la *stipulatio* como contrato verbal, aparecieron dos nuevos tipos de contrato. En primer lugar, el literal, que se celebraba por escrito a través de la

²⁶⁸ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., Comentario al art. 1254, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 594.

²⁶⁹ Precisamente, una de sus características esenciales es la oralidad, pues una y otra parte han de pronunciar las palabras solemnes (*stipulatio non potest confici nisi utroque loquente*), no permitiéndose por tanto al mudo, al sordo ni al infante.

²⁷⁰ Según Gayo, que considera a la *stipulatio* como el centro cardinal de las obligaciones contraídas verbalmente, “*verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti dari spondes? Spondeo, dabis? Dabo, promittis? Promitto, fidepromittis? Fidepromitto, fideiubes? Fideiubeo, facies? Faciam*” (Instituciones, 3, 92).

²⁷¹ Hasta el punto de que se ha considerado que “*se semejaría de todo punto al contrato moderno. O mejor aún, no hablaríamos, con relación a ella de un contrato, sino de el contrato, en cuanto tiene de medio idóneo para dotar de eficacia jurídica a acuerdos de voluntades de vario contenido*”. IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 7ª ed., 1982, pág. 457-458.

²⁷² IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 7ª ed., 1982, pág. 459-460.

inscripción de su contenido en el libro de contabilidad doméstica del acreedor (el *codex accepti et expensi*)²⁷³, libro de cuentas que lleva el paterfamilias similar a los libros actuales de los comerciantes. De este modo, la *transscriptio* o *nomen transscripticium* versaba siempre sobre una cantidad cierta de dinero y daba lugar a deudas abstractas, si bien no dispone la doctrina de suficientes fuentes para conocer su funcionamiento en aspectos tan importante, por ejemplo, como saber si la inscripción del acreedor exigía la voluntad del deudor²⁷⁴.

También aparecieron los contratos que pueden considerarse como antecesores de algunos de los actuales contratos reales, puesto que requerían para su validez la entrega de la cosa sobre la que versaban (*datio rei*). En ellos, surgía para la persona que recibía la cosa la obligación de devolverla y fueron, sucesivamente, el préstamo de cosa (actual comodato) o de dinero, el depósito y la prenda²⁷⁵. En ellos, la obligación nace de la transmisión en propiedad de una cosa para que a su tiempo se restituya la misma o bien otro tanto de la misma especie y calidad²⁷⁶.

²⁷³ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., pág. 332.

²⁷⁴ IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 7ª ed., 1982, pág. 462-464. Según este autor, la institución debió surgir en los últimos siglos de la República y sería ya un residuo histórico en la época clásica, aunque Gayo se refiriese a ella como vigente en su época. Por su parte, el Derecho justiniano no dio acogida a la institución.

²⁷⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., pág. 332.

²⁷⁶ Estas afirmaciones, sin embargo, no pueden ser tan concluyentes, como se ocupa de rebatir JORDANO BAREA, J.B., *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958 (aunque la versión consultada es la incluida en JORDANO BAREA, J.B., *Escritos Jurídicos*, Págs. 15-118, Sevilla, 2006). Según Jordano, que defiende el carácter consensual de todos los contratos, incluidos los tradicionalmente considerados como reales, es la interpretación llevada a cabo en el siglo VI al incluir la obra de Gayo en el Código de Justiniano, lo que ha provocado la errónea consideración como reales de este tipo de contratos (págs. 25-30). De acuerdo con su interpretación, el Edicto pretorio recogía dos tipos de acciones, aquellas en las que el juez debía juzgar todo lo que uno de los contratantes debía al otro ex fide bona (en cuyo caso, había un *contractus*), y aquellas en las que el juez debía limitarse a juzgar si el demandado debía dar tal cantidad o tal cosa al demandante (en este caso, no había contrato, sino un acto, una causa de crédito o *créditum*). El mutuo, principal exponente de los actuales “contratos reales”, era el prototipo de las causas de crédito. Fue el ánimo didáctico de Gayo al crear la clasificación expuesta el que de este modo forjó un nuevo tipo de obligación contractual, considerando que la obligación nacía de la *datio* o entrega de la propiedad. En la época justiniana se utilizó esta clasificación para sistematizar en la nueva categoría del “*contrahere re*” aquellas otras figuras crediticias no contractuales en las que el cumplimiento de la obligación de devolver lo recibido suponía también una entrega previa, incluso aunque no se hubiese transferido la propiedad, como ocurre con el comodato, el depósito y la prenda.

Con este rígido sistema, toda aquella convención que no entrase dentro del abanico de posibilidades preexistentes sería ineficaz para crear obligaciones jurídicas, por lo que la única autonomía que podían tener las partes era la de contratar o no. Debido a esto, el sistema funcionó mientras la economía se basaba fundamentalmente en la agricultura y las relaciones intrafamiliares, pero devino absolutamente ineficiente cuando floreció el comercio en Roma y surgió un *Ius Civile novum*.

Se hizo preciso en ese momento otorgar valor jurídico a cualquier intercambio desde el momento en que una de las partes realizase la prestación a la que venía obligada y consistente bien en una *datio* (transmisión de la propiedad), bien en un *factum* (prestación de un servicio). Surgieron así los denominados contratos innominados, que se incluyeron en cuatro categorías: *Do ut des*, *Do ut facias*, *Facio ut des*, *Facio ut facias*²⁷⁷.

Y este reconocimiento se manifestó principalmente a través de la concesión, por el pretor, de protección para obtener la contraprestación pactada en caso de incumplimiento por la otra parte. Así, en el Edicto pretorio se incluyó bajo la rúbrica *de pactis* la fórmula “*pacta conventa ... servabo*”²⁷⁸, por la que se confería protección a los acuerdos entre acreedor y deudor incluso para modificar el vínculo creado mediante un acto formal del *Ius Civile*. Protección que se fundamenta en la idea de Justicia, pues, como escribe Ulpiano, ¿qué cosa hay tan conforme a la lealtad humana que respetar los hombres lo que entre sí pactaron²⁷⁹?

²⁷⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., pág. 332.

²⁷⁸ La fórmula completa, incluida en la formulación del edicto pretorio de LENEL, según cita de ALBURQUERQUE SACRISTAN, J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano “pacta sunt servanda” en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, 1995, pág. 39, sería la siguiente: “*pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*”.

²⁷⁹ ALBURQUERQUE SACRISTAN, J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano “pacta sunt servanda” en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, 1995, pág. 35: *huius Edicti aequitas naturalis est quid enim tam congruum fidei humanae, qua mea, quae inter eos placuerunt, servare?*

De este modo, el *pactum*, que ya había sido incluido en la Ley de las XII Tablas con un sentido de acuerdo pacífico ocurrido entre la víctima de un delito y el culpable²⁸⁰, alcanza así una eficacia que inicialmente será tan sólo negativa, por la vía de la excepción²⁸¹, a través de los *pacta conventa*²⁸².

Por otro lado, existieron algunos pactos a los que el pretor no se limitó a amparar con una excepción sino que les fue concedida una acción, pudiendo distinguirse varias categorías:

- a. En primer lugar, los *pacta pretoria*. Se trata de acuerdos o convenciones obligatorias que gozan de una *actio in factum* y que, si bien no pueden considerarse contratos, gozaron de una gran relevancia autónoma²⁸³.

²⁸⁰ ALBURQUERQUE SACRISTAN, J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, 1995, pág. 18: en la Tabla VIII se incluye la referencia al pacto cuando se indica que "*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*".

²⁸¹ Se trata de la *exceptio pacti*, articulada para neutralizar toda acción que no reconociera el *pactum* previamente alcanzado entre acreedor y deudor, siendo muy frecuente el *pactum de non petendo*, alcanzado para que el acreedor no accionase contra el deudor. En tal sentido, ALBURQUERQUE SACRISTAN, J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, 1995, pág. 39-40.

²⁸² El pacto se consideró inicialmente como *nudum pactum*, para distinguirlo precisamente de la *conventio* o acuerdo de voluntades que se encuentra en todo contrato. Sin embargo, con el tiempo, se asimilaron *pactum* y *conventio* acuñándose la expresión *pactum conventum*, para abarcar en el Derecho romano clásico todos los acuerdos, cláusulas y convenciones de todo tipo que puedan ser concluidos. Así se refleja en la definición de Ulpiano, D.50.12.3: *pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solis promissum*. ALBURQUERQUE SACRISTAN, J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, 1995, pág. 15, 41-42.

²⁸³ Son el *pactum iurisiurandi* (acuerdo entre las partes entre las que existía una controversia judicial o extrajudicial por el que se concierta no hacer valer la pretensión propia respecto al otro sujeto o bien, si una parte juraba que tenía un derecho, cumplir la prestación que el otro pretendía), el *constitutum debiti* (pacto por el que una persona se comprometía a pagar una deuda propia ya existente o una deuda de otro en un determinado plazo o lugar, y que concede la *actio de pecunia constituta*) y los *recepta arbitrii, nautarum, cauponum, stabulariorum y argentarii* (pactos cuya característica común es la recepción de una cosa o asunción de un encargo por una persona a favor de otra, ya sean árbitros, capitán de una nave, posadero, dueño de un estable o banquero). ALBURQUERQUE SACRISTAN, J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, 1995, pág. 87 y ss.

- b. En segundo lugar, también gozaron de protección mediante una acción los llamados *pacta legitima*, a los que se reconoció eficacia obligatoria y fueron tutelados por constituciones imperiales, por lo que fueron amparados mediante una acción, la *condictio ex lege*²⁸⁴.
- c. Finalmente, los *pacta adiecta*, pactos adjuntos a un contrato del *ius civile*, que podían ser muy variados. Estos pactos podían concluirse al mismo tiempo que la contratación original (*in continente*) o agregarse con posterioridad (*ex intervallo*), siendo los primeros protegidos con la propia acción dimanante del contrato al que se unen. El concepto utilizado para su protección fue el concepto de buena fe, pues nada hay más congruente que entregar aquello que se convino entre los contratantes²⁸⁵.

En definitiva, la evolución del Derecho Romano, desde un sistema formal que exigía la solemnidad de las fórmulas para que surgiera la obligación hasta un sistema en que por la vía procesal se protegía lo pactado entre las partes por ser lo más acorde con la buena fe, estaba sentando las bases para que se estableciera la protección de la autonomía de la voluntad como elemento configurador del Derecho privado.

II.1.2.2. El principio de autonomía de la voluntad durante la Edad Media.

La fragilidad del Imperio Romano en el siglo V propició la invasión de Hispania por pueblos bárbaros, llegando los visigodos a implantarse definitivamente en España, estableciéndose como Reino y fijando su capital en Toledo. Se trató de una etapa de gran inestabilidad política, en la que el poder de los señores imperaba sobre un Estado

²⁸⁴ Así, por ejemplo, el *pactum dotis*, amparado por una constitución de Teodosio II y Valentiniano del año 428, que sancionó la convención por la que se constituye dote sin las formalidades del *Ius Civile*; o el *pactum donationis* o promesa de donar, amparado por una constitución de Justiniano del año 530. ALBURQUERQUE SACRISTAN, J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, 1995, págs. 96 y ss.

²⁸⁵ Ulpiano, D. 19.1.11.pr : *et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: quum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quem id praestari, quod inter contrahentes actum est*. ALBURQUERQUE SACRISTAN, J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, 1995, pág. 112-113.

aún inexistente y en la que los reyes visigodos no dudaron incluso en cambiar su religión y convertirse al Cristianismo para ampararse en la unidad de las instituciones eclesiásticas y reforzar de este modo su poder.

Lo mismo ocurría en el resto de Europa, donde la descomposición del Imperio Romano dio lugar al sistema feudal, en el que los más débiles –cultivadores de tierra ajena, especialmente-, privados de la protección del poder político, buscaron el amparo de los señores latifundistas, vinculándose de este modo a la nobleza. Los nobles, a su vez, establecen vínculos entre sí, que refuerzan su posición e intereses estamentales y a su vez se vinculan con otros señores inferiores jerárquicamente que a cambio de su protección, reciben fidelidad y ayuda²⁸⁶.

Esta situación propiciará la influencia del Derecho Canónico que, como consecuencia de la obligación de veracidad y buena fe impuesta por los preceptos morales a todos los hombres, reconocerá la obligatoriedad de cualquier promesa o convención²⁸⁷. Incluso los monarcas, príncipes y ciudades, que no aceptaban la jurisdicción de los tribunales canónicos, hicieron suyas estas reglas a la vista de lo razonable que resulta dar validez jurídica a todos los contratos que representasen la satisfacción de intereses legítimos.

En esta época, tuvieron relevancia en cuanto a la autonomía de la voluntad tres corrientes diversas. La primera de ellas fue la evolución del concepto de pactos del Derecho Romano²⁸⁸. Los juristas de la época seguían considerando que los pactos sólo

²⁸⁶ GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARIN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)*, Madrid, 1982, pág. 84.

²⁸⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., pág. 332. En el mismo sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 11, nº 4, 1958, pág. 1011, para quien el postulado de la eficacia jurídica de la pura voluntad contractual arranca de los tratadistas de teología moral, los cuales dicen ser pecado el negarse a cumplir lo prometido y en sus libros se encuentran también repetidas las célebres frases romanas “*pacta sunt servanda*” y “*volenti non fit iniuria*”.

²⁸⁸ Debe tenerse en cuenta que aunque el poder político de los emperadores había desaparecido en Europa e incluso la irrupción de los pueblos bárbaros había acabado con la aplicación uniforme del Derecho Romano, a partir del siglo XI y especialmente en el siglo XII, las circunstancias cambiaron. El incremento demográfico, una vez superado el pánico del fin del Milenio, provocó una mayor afluencia de población hacia las ciudades y la decadencia del sistema feudal. El auge de las ciudades provocó el desplazamiento de la cultura desde los monasterios a las Universidades, que introdujeron nuevos métodos de estudio. En ese contexto, la aparición y desarrollo de la Escuela de Bolonia y su redescubrimiento del Derecho Romano contenido en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano contribuyó enormemente a su difusión. A eso se unió el interés del poder político en ampararse en un único Derecho con la pretensión de conseguir un

daban lugar al nacimiento de excepciones y no estaban protegidos con una acción de cumplimiento. Así, los glosadores²⁸⁹ entendían que era necesario un reconocimiento especial del Derecho, denominado *causa civilis*, para ser dotados de una acción que les protegiera. Esa *causa civilis* podía ser la forma (*verbis, litteris*), la *datio rei* o el *consensus* (manifestado en las específicas figuras reconocidas por el Derecho Romano). La nueva realidad social, manifestada especialmente en el incremento de los intercambios, obligó a dotar de fuerza vinculante a nuevos tipos de convenio que aparecían en el tráfico, en atención a su contenido o a ciertas formalidades que cumplieran, por lo que se les denominó “*pacta vestita*”²⁹⁰.

Una segunda línea de influencia para la configuración de la autonomía de la voluntad fue la introducción del juramento, proveniente del Derecho Canónico. Según las Decretales, debía cumplirse el juramento añadido al acto de contraer una obligación, aunque no estuviera reconocido por el Derecho Civil, siempre que fuera libre y veraz y se prestara con discernimiento y justa causa, siendo inválido el que recaiera sobre actos ilícitos o tuviera como finalidad el perjuicio de tercero²⁹¹. De este modo, al pacto al que se añadía el juramento se le reconocía eficacia.

La tercera tendencia vendrá determinada por el nacimiento del Derecho Mercantil como propio de los mercaderes. En efecto, durante la Baja Edad Media, el incremento de la vida urbana y el resurgir del comercio provocaron el nacimiento de una nueva clase social, la de los mercaderes, que tratan de superar las rigideces formales del Derecho Civil mediante nuevas normas, originándose de este modo el Derecho Mercantil²⁹². Este nuevo Derecho tendrá como líneas básicas la búsqueda de la rapidez

Imperio único. Sobre el tema puede consultarse GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARIN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)*, Madrid, 1982, págs. 237-252.

²⁸⁹ Fueron denominados glosadores los miembros de la Escuela de Bolonia que, al transcribir los textos de Justiniano introducían en ellos glosas o aclaraciones a su significado literal.

²⁹⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., pág. 333.

²⁹¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., pág. 333.

²⁹² En palabras del profesor OLIVENCIA RUIZ, “*el nacimiento de este Derecho se produjo como consecuencia de la inadaptación del viejo ius civile, heredado de Roma, a una nueva realidad patrimonial, caracterizada por el florecimiento de una economía urbana, mercantil, dineraria y crediticia, que tiene como escenario la ciudad y el mercado; como protagonistas, los mercaderes; como actividad, el comercio; y como objeto, las mercaderías, el dinero y el crédito*”. OLIVENCIA RUIZ, M.,

en la contratación, la seguridad del tráfico patrimonial, el rigor en el cumplimiento de las obligaciones, la movilización del crédito y la uniformidad en las normas aplicables a una actividad comercial que traspasaba las fronteras nacionales.

En esa búsqueda de la rapidez en la contratación se enmarca la superación de las fórmulas solemnes y la aceptación de todos los contratos en los que simplemente concurrieran los consentimientos de los otorgantes, estableciéndose de este modo la regla “*solus consensus obligat*”²⁹³.

Esta tendencia al reforzamiento de la voluntad como fuente de obligaciones, que muchas veces tenía su origen en la escasa intervención del poder público en la formulación del Derecho²⁹⁴, se afianzó con la promulgación de textos legales que impusieron tales normas. Así ocurrió con Las Partidas²⁹⁵ y con el Ordenamiento de Alcalá²⁹⁶, que recogieron normas por las que se reconocía la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los pactos entre las partes. En tal sentido, la Partida Quinta, título V, Ley XXXVIII (“De los pactos que hacen el comprador y el vendedor entre sí

“Concepto de Derecho Mercantil”, en *Lecciones de Derecho Mercantil* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., DÍAS MORENO, A., Coord.), 16ª Ed., Madrid, 2013, pág. 40.

²⁹³ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., pág. 333.

²⁹⁴ En tal sentido, GARCIA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español, Tomo I El origen y la evolución del Derecho*, 9ª ed. Revisada, Madrid, 1982, pág. 371. Enmarcado en la ausencia de poder del Rey propia de la Edad Media, queda un amplio campo para el libre establecimiento de normas por los particulares. Mediante un “*pacto y convenio*” (*pactum et convenientia*) no sólo se verifica un contrato usual, sino que también se establecen, por mero acto de voluntad y sin los formulismos de los contratos, normas a las que han de acomodarse los que lo celebran, por ejemplo, sobre aprovechamientos de montes o de aguas, relaciones de dependencia, derechos sobre iglesias, etc. Cuando estos pactos tenían carácter colectivo entre un noble y los cultivadores de sus tierras, estamos ante las *cartas pueblas o de población*.

²⁹⁵ Las Partidas suponen la recepción del Derecho Común (denominación que se da al Derecho elaborado por los juristas de la Escuela de Bolonia en torno al *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, así como el Derecho canónico de las Decretales y el Derecho feudal) en Castilla y contienen normas procedentes de fuentes muy numerosas y variadas, incluyendo el *Corpus* de Justiniano, así como textos de los comentaristas, pero también de juristas castellanos e incluso textos filosóficos y bíblicos. Aunque tradicionalmente se atribuye su fecha de datación al reinado de Alfonso X, no entró en vigor hasta que fue incorporada en el sistema de fuentes del Ordenamiento de Alcalá de Henares, de 1348. Al respecto y con gran detalle, puede consultarse GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARIN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)*, Madrid, 1982, págs. 290-294.

²⁹⁶ El poder de los reyes castellanos para dictar leyes territoriales fue ampliamente discutido durante la Alta Edad Media. De ahí que a partir de mediados del siglo XIII se comenzaran a dictar leyes por el rey junto con las Cortes que, al reunir a los tres estamentos, nobleza, clero y representantes de las ciudades, sí tenían el carácter de leyes generales. De este modo, se promulgó por las Cortes reunidas en Alcalá de Henares en 1348, el denominado “*Ordenamiento de Alcalá*”, vigente hasta la promulgación del Código Civil. En este Ordenamiento, se incluyó en la ley primera del Título XXVIII un orden de prelación de fuentes y en él se incluyó a las Partidas.

que son válidos”) encontramos al principio de la misma la norma de que *postura o pleyto que pone entre sí el vendedor con aquel que compra la cosa del, (solo que non sea contra las leyes deste nuestro libro nin contra buenas costumbres) debe ser guardada*²⁹⁷. El Ordenamiento de Alcalá establece, con carácter general, en la ley única del Título XVI que *sea valedera la obligación o el contrato que fueron hechos, en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro e facer contrato con él*²⁹⁸.

II.1.2.3. La Edad Moderna y la etapa de la Codificación.

Podemos concluir, por tanto, que a finales de la Edad Media, tanto en el Derecho local cuanto en el de aplicación general dictado por el Rey y Las Cortes, se encontraba reconocido el principio general de que cualquier contenido lícito podía ser pactado y sería obligatorio entre las partes por el mero acuerdo²⁹⁹.

Sin embargo, la doctrina seguía anclada en el Derecho Romano, y por tanto rechazaba la validez de los simples pactos, que sólo concedían excepciones pero no acciones para exigir su cumplimiento. Será la Escuela del Derecho Natural la que modificará esta visión para introducir el elemento de la voluntad humana como fuente de obligaciones.

El Iusnaturalismo o Derecho Natural es algo conocido desde la antigüedad³⁰⁰, si bien es en la España de los siglos XVI y XVII cuando realmente puede hablarse de un

²⁹⁷ Recogida por ALBURQUERQUE SACRISTAN, J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano “pacta sunt servanda” en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, 1995, pág. 142.

²⁹⁸ Recogida por LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., pág. 334.

²⁹⁹ Incluso, en los Derechos más influidos por la organización feudal, se afirmaba como principio fundamental el de la absoluta superioridad del pacto sobre la ley, es decir, la soberanía ilimitada de la autonomía de la voluntad. En tal sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 11, nº 4, 1958, pág. 1011, según el cual en el siglo XVIII ilustrados y liberales reprochan a las Universidades haber educado a muchas generaciones de juristas en el proverbio “*voluntas hominis facit cessare voluntatem legis*”, lo que había propiciado la creación de vínculos y mayorazgos contra el Derecho Común y las cédulas reales y en perjuicio de la libre circulación de los bienes.

³⁰⁰ Según SERRANO VILLAFANE, E., “Aportación del Derecho Natural al Derecho Positivo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 12, 1966, pág. 298, Cicerón nos dice en su República lo mal que había

verdadera filosofía jurídico-política, surgida de los juristas que sientan las bases del Derecho y tratan de fundamentar las instituciones jurídicas y políticas, acudiendo en ese momento a otro Derecho, no escrito, pero vigente en la conciencia y naturaleza de los hombres, cuyos principios universales e inmutables son comunes no sólo a todos los hombres sino a todas las gentes y pueblos del Universo. Surgen así las figuras de Vitoria y, sobre todo, de Suárez³⁰¹.

A esa búsqueda de ese otro Derecho contribuyó, sin duda, la crítica y desmitificación del Derecho Romano, que había regido en los autores de la Escuela de Bolonia³⁰², que consideraban el *Corpus* de Justiniano como algo indiscutible e irrefutable. En el siglo XVI, las Escuelas de Aviñón y Bourges, principalmente, difunden una nueva forma de acercarse al Derecho, el denominado “*mos Gallicus*”, que partiendo de la consideración del Derecho Romano como un derecho histórico, dado para un momento concreto y para un territorio específico, propone que la fuente de inspiración del Derecho moderno estuviese en el hombre³⁰³.

Esta nueva orientación doctrinal, con una clara superación de la fundamentación metafísica y teológica, será la seguida por otro grupo de autores, que elevará la razón humana a la categoría de valor supremo: Grocio y Puffendorf como juristas, Rousseau

sentado al auditorio romano el discurso del escéptico griego Carneades, cuando afirmó que no existía otro Derecho que el positivo, “*ius de quo quaerimus, positivum est, naturale nullum*”, y censura duramente este monismo positivista diciendo que es completamente necio pensar que no hay más Derecho que el positivo, ya que si así fuese, serían justas todas las arbitrariedades y todos los atropellos de los tiranos. Concluye de este modo que debe admitirse un Derecho Natural, como base y fundamento de todo verdadero Derecho positivo, que es además el principio de toda justicia (“*eius initium est a natura profectum*”).

³⁰¹ SERRANO VILLAFANE, E., “Lo permanente y lo histórico en el Derecho natural”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 8, 1981, pág. 182.

³⁰² Sobre la Escuela de Bolonia y la labor de los glosadores y comentaristas, así como el llamado “*mos italicus*”, puede consultarse GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARIN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)*, Madrid, 1982, págs. 244-252.

³⁰³ GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARIN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)*, Madrid, 1982, págs. 392-395.

como formulador ideológico y Kant como su especulador más profundo³⁰⁴. Constituyen la doctrina conocida como iusnaturalismo racionalista.

Esta doctrina lleva a sus últimas consecuencias la normativa medieval que permitía la validez de cualquier pacto, aislando la figura del contrato como fuente general de obligaciones para cuya validez sólo se exige que cumpla el requisito de la voluntad formada sin vicios recayente sobre un objeto lícito³⁰⁵. Como muy gráficamente indica LACRUZ, se pasa de *estos contratos* (los limitados contratos del Derecho Romano), a través de *los contratos* (mediante la legislación medieval que permite pactar válidamente cualquier estipulación lícita), a *el contrato*, como categoría general³⁰⁶.

De este modo, Grocio, en “*De iure belli ac pacis*”³⁰⁷, realiza una nueva sistematización de las fuentes de las obligaciones. Según el autor, los actos humanos que se enderezan a la utilidad de los otros hombres, pueden ser simples –que, a su vez,

³⁰⁴ GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARIN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)*, Madrid, 1982, pág. 474.

³⁰⁵ Una vez superado el carácter inmutable del Derecho Romano y admitida la crítica al mismo, se acudió a dos textos de Cicerón en los que propone el ideal helenístico-estoico del *ars (téchne)*, concebida como una ordenación sistemática del conocimiento previamente obtenido a través de la *scientia (epísteme)*. Cicerón creía verificar que en el derecho de su tiempo no se daba un *ars*, porque únicamente consistía en una práctica empírica (*usus*). Para transformar ese conocimiento empírico en *ars*, sostenía ser necesario recurrir a la *dialectica*, que enseña a dividir un todo en partes, a explicar los significados ocultos a través de definiciones, a aclarar lo oscuro mediante la interpretación, a percibir primeramente lo ambiguo, después a distinguir y, finalmente, a formar una regla con la cual discernir lo verdadero de lo falso, y con la cual saber qué consecuencias se pueden extraer y cuáles no, de determinadas premisas. En este sentido, GUZMAN BRITO, A., “La sistemática del Derecho Privado en el “*De iure belli ac pacis*” de Hugo Grotius”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº 26, 2004, págs. 157-186 (consultada versión on line).

³⁰⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., págs. 334-335.

³⁰⁷ La figura de Grocio ha sido tradicionalmente considerada como uno de los mejores juristas de su época y como creador de un orden internacional que ha alargado su existencia hasta la actualidad. Sin embargo, está en proceso de publicación una nueva obra, parcialmente publicada en internet (los dos primeros capítulos), que desmitifica su figura, pues considera que su obra fundamental, “*De iure belli ac pacis*”, fue elaborada expresamente para exculpar de la consideración de piratería la apropiación de un tesoro por parte de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales. Así, SAPHIRO, S., HATHAWAY, O., *The worst crime of all: the Paris Peace Pact and the beginning of the end of war*. La parte publicada hasta la fecha puede consultarse en <https://www.noexperiencenecessarybook.com/rbJML/scott-shapiro-november-7-2014-attached-are-the-first-two-chapters.html> (última consulta realizada 12 de mayo de 2017).

pueden ser gratuitos o permutatorios- y compuestos, concluyendo que “*todos los actos de provecho para otros, fuera de los puramente gratuitos, se denominan contratos*”³⁰⁸.

Grocio constituye la superación definitiva del modelo de contratos del Derecho Romano al considerar que el derecho natural no conoce la diferencia entre los contratos nominados e innominados, pues no son menos naturales ni menos antiguos los llamados por los romanos innominados. Y los contratos contienen como elemento fundamental la voluntad: “*Y no solamente debe haber cierta igualdad entre los contratantes en el conocimiento de las cosas, sino también en el uso de la voluntad: no, ciertamente, que si hubo antes algún miedo justamente inferido, deba quitarse; porque eso es extrínseco al contrato: sino que no se infiera para contratar, o si ha sido inferido, que se quite*”³⁰⁹.

En definitiva, llegamos al punto final de la evolución, donde tenemos una sistematización de los contratos y donde se establece como elemento fundamental la voluntad humana como fuente de las obligaciones.

Esta idea será recogida por los dos civilistas franceses más significativos de la edad Moderna, Domat y Pothier, que construirán un sistema de reglas constantes y comunes a todos los contratos, que convivirá con los tipos concretos. A esa categoría general incorporan las reglas romanas aplicables a los contratos consensuales y, a la vez, de entre las soluciones suministradas por otras fuentes como las costumbres, las ordenanzas medievales y la doctrina, eligen las más conformes con el derecho Natural³¹⁰. Su obra se incorporará al Código Civil francés y posteriormente al español, en el marco del proceso de la Codificación.

La Codificación, fenómeno propio del racionalismo imperante en la época, comienza a finales del siglo XVIII (aprobándose Códigos en Prusia y Austria), pero tiene su desarrollo principal en el siglo XIX. Se trata de un fenómeno nuevo, pues hasta

³⁰⁸ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, traducción del original latino de TORRUBIANO RIPOLL, J., Tomo II, Madrid, 1925, págs. 194-199. Sobre la obra de Grocio, puede consultarse una traducción al inglés, con abundantes comentarios y notas: Grotius, H. *Natural Law Paper: Rights of War and Peace (3-Volume Set)*. Indianapolis, IN, USA, 2005.

³⁰⁹ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, traducción del original latino de TORRUBIANO RIPOLL, J., Tomo II, Madrid, 1925, pág. 202.

³¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II Derecho de obligaciones, Vol. I Parte General. Teoría general del contrato, Madrid, 2000, 2ª Ed., págs. 335.

entonces se publicaban periódicamente meras recopilaciones de normas³¹¹. Con la Codificación se afirma la idea de construir una obra unitaria, derogatoria del Derecho anterior³¹² y con una clara sistematización del Derecho³¹³, que de ese modo queda concebido como un todo unitario³¹⁴.

En nuestro país³¹⁵, el primer intento codificador vino establecido en la Constitución de 1812, cuyo art. 258, establecía que el Código civil, criminal y de comercio serían únicos para toda la Monarquía. No obstante, a pesar de las buenas intenciones del constituyente, la misma norma siguió estableciéndose en las posteriores Constituciones del siglo XIX³¹⁶, lo que evidencia que el proceso no culminó. Así, mientras que el primer Código Penal es de 1822 y el de Comercio de 1829 –ambos posteriormente derogados por otros que los sucedieron–, el Código Civil tuvo que esperar a 1889, tras una larga tramitación que pasó por varios anteproyectos, una Ley de

³¹¹ Como fueron, en Castilla, el Ordenamiento de Alcalá de 1348, las Leyes de Toro de 1505, la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805.

³¹² En tal sentido, el art. 1976 del Código Civil, denominado “Disposición final”, establece que quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias como en el de derecho supletorio, con la excepción de las leyes que el propio Código declara subsistentes.

³¹³ Como afirma PASQUAU LIAÑO, M., *Código Civil y ordenamiento jurídico (Otra reflexión sobre el devenir del Derecho Civil)*, Granada, 1994, pág. 46, la codificación tiene como objetivo crear un sistema, con dos atributos: de un lado, el ordenamiento recogido en el Código es *completo*, no tiene lagunas pues suministra criterios de decisión para cualquier conflicto imaginable, bien directamente bien mediante los mecanismos de autointegración como la analogía o los principios generales, por lo que el juez tiene la obligación inexcusable de resolver en todo caso; de otro, el ordenamiento es *coherente*, pues las aparentes contradicciones que pueda tener se resolverán mediante criterios establecidos, como la jerarquía, especialidad y competencia, así como el criterio cronológico y el de la “derogación tácita”.

³¹⁴ Sobre los fundamentos del fenómeno codificador, puede consultarse GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARIN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)*, Madrid, 1982, págs. 519-524, que distinguen tres tipos: filosóficos (constituidos por el pensamiento racionalista), socio-económicos (al recoger las aspiraciones de libertad y seguridad jurídica de la nueva clase social predominante, la burguesía) y políticos (al constituir un instrumento para la unificación nacional y el centralismo jurídico). Precisamente estos fundamentos son los que provocaron la oposición de determinados sectores sociales y políticos, especialmente en España.

³¹⁵ Sobre el proceso codificador español, puede consultarse un resumen en PALMA FERNÁNDEZ, J.L., “La codificación en España: de los turdetanos a internet”, *Diario La Ley*, nº 5772, 21 de enero de 2011. Igualmente, GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARIN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)*, Madrid, 1982, págs. 513-535, 567-597 y 644-714.

³¹⁶ En el art. 4 de la Constitución de 1837, en el art. 5 de la Constitución de 1856, en el art. 91 de la Constitución de 1869 y en el art. 75 de la Constitución de 1876.

Bases de 1888, e incluso dos versiones distintas, que finalmente permitió su promulgación³¹⁷.

El Código Civil, como analizaremos más adelante, fiel a la evolución expuesta y al modelo francés que sigue, establece tres grandes categorías del Derecho, necesarias para proteger jurídicamente los principios de libertad que fundamentan el nuevo modelo de sociedad burguesa: el concepto de sujeto de derecho, la propiedad como objeto del principal derecho subjetivo y el concepto de libertad contractual o autonomía de la voluntad para las relaciones económicas³¹⁸. Dentro de estas tres instituciones, se configura el principio de la autonomía de la voluntad como la espina vertebral de nuestro sistema contractual³¹⁹.

³¹⁷ Al respecto, puede consultarse DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, 4ª Ed., 1ª Reimpr., Madrid, 1982, págs. 61-69. Igualmente, GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARÍN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)*, Madrid, 1982, págs. 644-714.

³¹⁸ En tal sentido, PASQUAU LIAÑO, M., *Código Civil y ordenamiento jurídico (Otra reflexión sobre el devenir del Derecho Civil)*, Granada, 1994, pág. 39-43. Según el autor, la nueva sociedad liberal-burguesa tiene unas aspiraciones de libertad individual frente a los abusos del Estado absoluto que precisan la protección del Derecho y éste debe configurar los tres conceptos que cumplan esa función de protección. En primer lugar, el concepto de sujeto de derecho, con el que se pretende acabar con la diversificación de regímenes legales según la condición personal de cada uno propia del Antiguo Régimen; en segundo lugar, el derecho de propiedad como el primer derecho subjetivo frente al Estado, una propiedad accesible teóricamente a cualquiera, desamortizada y desvinculada y de carácter absoluto; y finalmente, el mercado como expresión de una sociedad civil libre, en el que la circulación de bienes y servicios hay que dejarla a la espontaneidad de los individuos y a la iniciativa particular, pues nadie mejor que uno mismo para cuida de sus intereses. Añade el autor que “*en el plano jurídico, el mercado se sustenta en la propiedad, pero se hace operativo a través de la noción de la libertad contractual o autonomía de la voluntad. El contrato, como supraconcepto abstracto donde caben tanto el comprar un inmueble como el dejar un lápiz, será el idóneo instrumento técnico (reforzado dogmáticamente por el más abstracto aún de “negocio jurídico”) para, sobre la base del <acuerdo de voluntades>, ofrecer legitimidad jurídica (es decir, “fuerza de ley”, art. 1091 Cc español) a la autorregulación de intereses efectuada por los operadores en el mercado. El Estado sólo se cuida de que el acuerdo sea “libre” (es decir, que el consentimiento no esté viciado), sin intervenir o vigilar el contenido. Se trata, pues de un Derecho neutro, preocupado por garantizar el marco de desenvolvimiento del mercado, algo así como un sistema de pesas y medidas preestablecido*”.

³¹⁹ En expresión de DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 11, nº 4, 1958, pág. 1010, el dogma de la autonomía de la voluntad “*constituye el centro mismo del Derecho privado*” al ir íntimamente unido a la libertad de la persona y ser una manifestación necesaria del respeto que a ésta le es debido.

II.1.3. Entronque constitucional del principio.

El principio de autonomía de la voluntad supone el reconocimiento de amplias facultades a la iniciativa privada, por lo que debe tener como antecedente un reconocimiento a nivel constitucional. Es la decisión sobre la organización económica de una sociedad la que define los poderes de los particulares respecto del Poder público y por tanto la que delimita las facultades de auto-organización de que estos disfrutan³²⁰.

El liberalismo político-jurídico del siglo XIX partía de la idea de la separación entre el Estado y la sociedad. Y así distinguía dos *Constituciones*, una política –basada en los valores de justicia, igualdad y libertad y que implicaba el reconocimiento a los ciudadanos de derechos frente a la injerencia de los poderes públicos- y otra civil, relativa a las relaciones entre los ciudadanos y basada en la autonomía de la voluntad. Mientras la primera era objeto de la Constitución formal, la segunda se reconocía en los Códigos Civiles de la época³²¹. Con ello, se ponía de manifiesto la confianza del Estado liberal en el Derecho privado –en los Códigos Civiles, más concretamente- para configurar la sociedad civil, quedando reservado para la Constitución la organización política³²².

En la actualidad, superada esa separación, se ha optado por elevar la protección de la autonomía de la voluntad, entendida como libertad contractual, y de ahí que se reconozca a nivel constitucional, bien de manera explícita y formal, bien mediante el reconocimiento de determinados derechos que presuponen la autonomía privada³²³.

³²⁰ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., Comentario al art. 1255, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 597.

³²¹ GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, pág. 333.

³²² En tal sentido, LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Derecho civil constitucional*, Sevilla, 2015, pág. 33. Según el autor, “*el Estado liberal confiaba el andamiaje jurídico de la sociedad civil al Derecho privado, en rigor a los Códigos Civiles. No tenía necesidad de rigidizar los valores profundos, que estaba llamado a representar, en las Cartas constitucionales, por entenderlos suficientemente amparados por los códigos, en los que visualiza el viejo prestigio de las Declaraciones de derechos del iusnaturalismo racionalista: iura naturalia sunt immutabilia, parecía el lema que presidía la entera articulación del sistema, y bastaba a esos derechos enumerarlos en la Constitución y desarrollarlos en los Códigos*”.

³²³ Llegamos así al concepto de *Constitución económica*, cuyos principios fundamentales son los siguientes: reconocimiento del derecho a la propiedad privada y a su transmisión y adquisición por herencia; reconocimiento de la libre iniciativa económica de los particulares, denominada “libertad de

La Constitución española de 1978 no contiene una proclamación explícita de la autonomía de la voluntad, pero sí reconoce a lo largo de su articulado diversos derechos de los que se deduce su reconocimiento y amparo constitucional.

Por lo que respecta al modelo económico, el art. 33 reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, si bien lo somete al interés general al introducir la función social como delimitadora de su contenido. El derecho de propiedad puede conceptuarse como uno de los pilares de cualquier sistema jurídico³²⁴ e implica la posibilidad de disponer de la misma por su titular, lo que presupone la autonomía de la voluntad. Desde el punto de vista negativo, significa la imposibilidad de que el propietario pueda ser privado de sus bienes, salvo por causa justificada de utilidad pública o interés social y siempre mediante la correspondiente indemnización.

En el mismo plano se sitúa el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 de la Constitución, y cuya defensa y protección se encomiendan a los poderes públicos, si bien de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Esta referencia al mercado, como instrumento de autocomposición de los intereses económicos particulares³²⁵, supone un claro reconocimiento de la autonomía de la voluntad.

En definitiva, podemos concluir que la autonomía contractual privada constituye una de las múltiples manifestaciones de esos derechos de contenido económico que

empresa en el marco de la economía de mercado” y reconocimiento de la potestad planificadora del Estado para atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. En tal sentido, LÓPEZ LÓPEZ, A.M., Comentario al art. 1255, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 598.

³²⁴ Hasta el punto de que ha sido reconocido incluso a nivel internacional en el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas. Igualmente, a nivel europeo, ha sido objeto de reconocimiento en el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en París, en fecha 20 de marzo de 1952. Sobre la conceptualización a nivel europeo del derecho de propiedad, puede consultarse ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., “La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (coord. CARRASCO DURAN, M., PÉREZ ROYO, F.J., URÍAS MARTÍNEZ, J., TEROL BECERRA, M.J.), Vol. 1, 2006, págs. 1919-1935.

³²⁵ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., Comentario al art. 1255, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 598.

fueron objeto de constitucionalización formal, tales como la propiedad (art. 33) o la libertad de empresa (art. 38)³²⁶.

No obstante, el reconocimiento de la autonomía privada a nivel constitucional no sólo se contiene en los artículos que conforman la *Constitución económica*, sino que también se refleja en otros preceptos relativos a las libertades clásicas. Así, desde el frontispicio de la Norma Constitucional, puede apreciarse cómo ésta considera valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia y la igualdad (art. 1.1), conceptos esenciales para el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y al mismo tiempo delimitadores de su concepto³²⁷.

En el mismo sentido ha de entenderse el art. 9.2 de la Constitución, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social. El individuo se reconoce como libre y esa libertad se plasma en la posibilidad de participar en la esfera económica y social, siendo el instrumento para ello el contrato que nace de la autonomía de la voluntad.

Finalmente, el art. 10 recoge la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los demás como fundamento del orden político y la paz social. Derechos inviolables que son precisamente inherentes a la autonomía privada.

³²⁶ GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, pág. 345.

³²⁷ GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, págs. 349-351, considera estos tres valores como presupuestos institucionales de la autonomía contractual privada. En primer lugar, la libertad, puesto que si el contrato existe y rige la norma de vinculación a lo pactado es porque los compromisos asumidos, tanto en su contenido como en su extensión, derivan de la expresión libre de una voluntad a la que el derecho positivo reconoce como fuente primaria de obligaciones; en segundo lugar la igualdad, pues la libertad sólo se da cuando ambas partes disfrutan de una posición económica igualitaria que impida que una pueda influir sobre la otra; y finalmente, la justicia, como suma de las anteriores, pues como el contrato nace del consentimiento de sujetos libres e iguales, será esencialmente justo, de modo que el ordenamiento no ha de intervenir para llevarlo por unas sendas de equidad que ya se han recorrido.

En definitiva, el principio de autonomía de la voluntad supone un mandato constitucional porque los sujetos que componen la sociedad civil de un orden jurídico deben disponer de un instrumento para componer sus intereses en la forma que más les convenga³²⁸. Sería, por tanto, un instrumento técnico, al igual que el contrato, al servicio de la libertad y de la iniciativa económica de la persona, siendo estos los expresamente protegidos por la Constitución al reconocer la libertad en general³²⁹.

II.1.4. Contenido del principio de autonomía de la voluntad.

La doctrina, cuando se refiere al contenido del principio de autonomía de la voluntad, enumera una serie de conductas de los sujetos privados amparados por el mismo³³⁰. Desde el punto de vista positivo y de manera sintética, podría entenderse que el art. 51 del Código de Comercio describe el contenido de la autonomía de la voluntad, al establecer que los contratos mercantiles serán válidos y producirán obligación y acción en juicio, con independencia de la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto.

³²⁸ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 1ª Ed., Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 67.

³²⁹ En tal sentido, ATAZ LÓPEZ, J., SALELLES CLIMENT, J.R., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, Tomo I*, Valencia, 2013, pág. 144.

³³⁰ GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, pág. 353, entiende incluidas en la autonomía de la voluntad la libertad de contratar; la de elegir a la persona o personas que habrán de intervenir en calidad de contrapartes; la elección del tipo contractual y la libertad de configurar los elementos objetivos causales y el contenido del contrato, incluyendo por ejemplo la libertad de precios; y finalmente la libertad de forma. Por su parte, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 1ª Ed., Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 66, considera que las partes de un contrato, como manifestación del principio de autonomía de la voluntad, tienen la posibilidad de elegir el Derecho nacional aplicable sin necesidad de que el derecho elegido tenga conexión material con la relación contractual de partida (art. 3 Reglamento Roma I); elegir el tipo contractual que satisface sus necesidades; apartarse de un tipo legal predeterminado y construir una regulación atípica, aunque el primero sirviera cumplidamente a sus propósitos; configurar el contrato, dentro de cada tipo, como deseen, mezclando elementos de uno u otro tipo legal, produciendo estructuras negociales complejas; fraccionar el objeto del contrato tal y como está construido; construir esquemas en los que los diversos tipos negociales se subordinan unos a otros; alterar o modificar los derechos y obligaciones predeterminados en la ley o mantener intacto el esquema pero alterar la disponibilidad y alcance de los remedios contractuales que aseguran el cumplimiento; extinguir un contrato eficaz por disenso o novarlo, en todo o en parte, por otra regulación.

Si procedemos a la sistematización de estas conductas amparadas en el principio, puede concluirse que la autonomía de la voluntad, en la concepción tradicional del contrato, incluye tres manifestaciones concretas: la auto-decisión o voluntad de celebrar o no el contrato; la auto-regulación o contenido dado por las partes al contrato, y la auto-obligación o fuerza vinculante del contrato³³¹.

II.1.4.1. Libre conclusión o celebración del contrato (auto-decisión).

Partiendo de la idea de la libertad y de la igualdad de todas las personas, reconocidas constitucionalmente, el contrato es un acto eminentemente voluntario desde el punto de vista de su celebración, pues toda persona es libre de contratar o no y cada uno puede decidir si le interesa o no celebrar un contrato³³². Se puede decir que el principio de autonomía de la voluntad, desde este punto de vista, implica que “*el particular puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera*”³³³.

³³¹ HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas, Tomo III, Derecho de obligaciones*, Madrid, 1988, pág. 159. Otros autores, como REVERTE NAVARRO, A., “Comentario al art. 1255”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993, págs. 114-115 tan sólo distinguen entre la libertad de contratar (como posibilidad de la persona de asumir libremente sus compromisos) y la libertad contractual (posibilidad de determinar voluntaria o negocialmente el contenido del contrato).

³³² GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, págs. 421-422, considera el ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad como límite de la propia autonomía de la voluntad y no como parte de su contenido. Se plantea la cuestión en relación con los pactos preliminares y concluye que en tales casos es preciso que las partes no hayan llegado definitivamente a alcanzar el consenso contractual para entender efectivamente ejercitada la autonomía contractual negativa. Según él, existe un *punto sin retorno* en el proceso contractual a partir del cual las partes han perdido ya su libertad de contratar *porque ya han contratado* y se encuentra en el art. 1254 del Código. En la misma línea se mueve DE CASTRO BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Reimpresión, 1971, pág. 12, quien define la autonomía de la voluntad como “*aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social*”. Es decir, como destaca AMORÓS GUARDIOLA, M., “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 36, 1983, nº 4, pág. 1135, para DE CASTRO existe un “*doble contenido de la autonomía que se proyecta tanto sobre el ámbito del ejercicio de los derechos, como el de la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas a través del correspondiente negocio jurídico*”.

³³³ Así se recoge en Sentencia del Tribunal Supremo nº 347/2005, de 12 de mayo de 2005 (Id Cendoj: 28079110012005100347), en cuyo fundamento de Derecho segundo se hace referencia al principio de autonomía de la voluntad, “*como poder de autodeterminación de la persona, reconocido por el Derecho privado como uno de los principios básicos, proclamado explícitamente por el artículo 1255 del Código*

De ahí que baste la coincidencia de voluntades de las dos partes para que surja el contrato, rigiendo en nuestro sistema jurídico los principios generales de consensualismo y espiritualismo³³⁴.

Con este marco, la misión que queda reservada a la ley se limita a asegurar las condiciones de libertad para la celebración del contrato, lo que se consigue mediante las normas que exigen una determinada capacidad para decidir si se contrata o no y las que regulan los vicios del consentimiento que, cuando concurren, implican la invalidez del contrato.

II.1.4.2. Libertad para la determinación del contenido del contrato (auto-regulación).

El principio de autonomía de la voluntad también implica la posibilidad de las partes de dictar la regulación de su relación jurídica, relacionándose, de este modo, con el tipo de normas que regulan la contratación privada y que pueden ser bien imperativas o prohibitivas, bien dispositivas o supletivas³³⁵.

Las normas imperativas son aquellas que fijan los límites dentro de los cuales actúa la autonomía de la voluntad; mientras que normas dispositivas son, bien las permisivas (es decir, aquellas que reconocen un poder regulador a la voluntad, mediante directa atribución o mediante ausencia de prohibición), bien las supletivas (es decir,

civil, reiterado por la jurisprudencia (así, sentencias de 19 de octubre de 1991 y 19 de septiembre de 1997), estudiado por la doctrina y parafraseado como "el particular puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera". Esto es lo sucedido en este caso". La sentencia resuelve una demanda en la que se pretendía la nulidad de una escritura de compraventa otorgada por dos hermanos a sus respectivas esposas e hijos. La demanda se presenta por la viuda e hijos de uno de ellos contra el otro hermano y su esposa e hijos por entender que al realizar la venta no se respetaba la igualdad de valor entre lo que recibe cada una de las dos familias. La demanda fue desestimada en primera y segunda instancia y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

³³⁴ Según HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas, Tomo III, Derecho de obligaciones*, Madrid, 1988, pág. 160, consensualismo equivale a suficiencia del consentimiento, de tal modo que una vez alcanzado el acuerdo, ya existe el contrato, de conformidad con los arts. 1254 y 1278 del Código Civil. Por su parte, espiritualismo equivale al carácter no esencial de la forma, salvo determinados casos especiales en que la norma exige una determinada.

³³⁵ En este sentido, HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas, Tomo III, Derecho de obligaciones*, Madrid, 1988, pág. 160.

aquellas que sustituyen o complementan la voluntad para el caso de que no llegue a declararse y convierten en norma lo que presumiblemente cabría considerar querido)

La relación de cada tipo de normas con la acción de la voluntad es distinta. Así, las normas imperativas son inderogables, de tal modo que o se acatan o se quebrantan, no existiendo otra posibilidad. En cambio, las normas dispositivas, o bien confieren un poder regulador a la voluntad, de tal modo que no tienen más contenido propio que el reconocimiento de ese poder (es el caso de las normas permisivas), o bien pueden ser derogadas de tal modo que sólo despliegan eficacia cuando falta una voluntad en otro sentido (sería el caso de las normas supletivas)³³⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, el ámbito de la autonomía privada implica la existencia de un mayor número de normas dispositivas que de normas imperativas y, en concreto, en el ámbito de la contratación la mayoría de las normas son meramente dispositivas, dando entrada a la auto-regulación por las partes del contenido contractual.

II.1.4.3. Fuerza vinculante del contrato (auto-obligarse).

Una vez ejercitada la autonomía para obligarse y para determinar el contenido de las obligaciones, el tercer elemento de la autonomía de la voluntad es la necesaria vinculación a lo previamente establecido por las partes. Surge así la denominada fuerza vinculante del contrato para las partes y para sus causahabientes.

Sin embargo, en este punto se produce una paradoja pues a partir de la vinculación contractual, la voluntad deja de ser libre, pues ha de acomodarse a lo que se le haya reconocido dentro de la regulación contractual.

Como ha manifestado la doctrina, se produce una antítesis entre la libertad con que se elabora el contrato y la exclusión o limitación de libertad que se produce como

³³⁶ Para AMORÓS GUARDIOLA, M., “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 36, 1983, nº 4, pág. 1134, “*hay que deshacer el equívoco según el cual todas las normas relativas al derecho de la contratación son dispositivas*”. Siguiendo a DE CASTRO, en nuestro Derecho “*está permitida la modificación de los tipos contractuales, cabe la exclusión de ésta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato, no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley*”.

resultado, de tal modo que la fuerza obligatoria del contrato dejaría de estar regida por el dogma de la autonomía de la voluntad³³⁷.

La doctrina tradicional soluciona esta antítesis indicando que la fuerza obligatoria del contrato es fruto del uso que se ha hecho de la libertad, de tal modo que la vida del contrato viene a ser una *inalterable subsistencia de lo querido*, y deja de ser relevante si se sigue queriendo o no, pues se ha convertido en precepto el mantenimiento de lo pactado. La autonomía de la voluntad no traduce aquí la idea del poder actual de la voluntad, sino la sumisión al poder libremente constituido.

Es precisamente en este contexto, en la petrificación de la voluntad libremente manifestada, donde el derecho de desistimiento ha de ser encajado y de ahí que se considere por la mayoría de la doctrina como una excepción a la autonomía de la voluntad.

II.2. El reconocimiento y la regulación del principio de autonomía de la voluntad en el Código Civil.

II.2.1. La regla general: *pacta sunt servanda*.

Tal y como se ha expuesto, la Codificación, recogiendo los ideales revolucionarios de libertad y propiedad, reconoce plenamente la autonomía de la voluntad, entendida como soberanía individual para dictar normas que hagan imperativa la voluntad del que las establece³³⁸. Consecuentemente con ello, el Código Civil consagra el principio de autonomía privada como inspirador general en materia de relaciones jurídico-privadas, plasmando el poder de los particulares –como se ha

³³⁷ HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas*, Tomo III, Derecho de obligaciones, Madrid, 1988, pág. 161.

³³⁸ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 21.

expuesto en el apartado anterior- no sólo de crear relaciones jurídicas entre ellos, sino también de reglamentar su contenido³³⁹.

El principal precepto donde queda plasmada la autonomía privada es el art. 1.255 del Código Civil, precepto que carece de precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, pero que tiene su fundamento en la Base 20 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, autorizando al gobierno para publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta ley³⁴⁰. Según su tenor literal, los contratos continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente.

El precepto, que ha sido calificado como el “*corazón mismo del Derecho privado del tráfico*”³⁴¹, establece la libertad contractual o de pacto, entendida como facultad de determinar libremente el contenido de las obligaciones, y al mismo tiempo determina los límites a los que deben ajustarse las partes. Según el precepto, “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”.

La abundante jurisprudencia referida a este precepto ha destacado cómo viene a significar la libertad de las partes para configurar el contrato a la medida de sus intereses³⁴², permitiendo incluso a los contratantes la posibilidad de modificar el

³³⁹ Según BUSTO LAGO, J.M., *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español: configuración jurídica de las garantías “a primer requerimiento” y autónomas*, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 40, “*merced a la autonomía privada, las partes contractuales son libres para elegir no sólo esquemas contractuales predeterminados por el legislador, sino también para construir esquemas contractuales nuevos a través de los cuales puedan realizar mejor y más eficazmente sus intereses*”.

³⁴⁰ Gaceta núm. 143, de 22 de mayo de 1888.

³⁴¹ LÓPEZ LÓPEZ, A.M., Comentario al art. 1255, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 597.

³⁴² En tal sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 10 de noviembre de 1981 (RJ/1981/4472). El asunto discutido era la interpretación de un documento que, de acuerdo con la sentencia, “*se corresponde con los elementos propios de un contrato de concesión de ventas con cláusula o pacto de exclusividad, vinculante tanto para el concedente o «cesionario» -como a él se le denomina- como para el concesionario*”. Ante la alegación del demandado-concedente de que el pacto de exclusividad era tan sólo del concesionario, en cuanto a la obligación de comprar sus productos, y no alcanzaba al concedente, el Tribunal rechaza el motivo de casación por haber interpretado lo contrario la Audiencia

esquema del contrato tipo previsto por el Legislador, añadiendo pactos especiales y dando vida así a un nuevo contrato distinto, que la doctrina califica de atípico³⁴³.

La amplitud de la autonomía conferida a las partes para regular sus relaciones jurídicas se desprende, según la doctrina, del énfasis que supone la utilización de tres expresiones distintas –pactos, cláusulas y condiciones–, que pretenden abarcar por tanto todas las posibilidades e hipótesis que se reconocen a los particulares para establecer las reglas de comportamiento de donde se deriven los derechos, las facultades, los deberes y las obligaciones contractuales que constituyen el contenido del contrato³⁴⁴. Y ello sin perjuicio de que el propio precepto establece cuáles han de ser los límites a esa autonomía privada, como más adelante analizaremos.

El art. 1255 del Código, aunque es el principal precepto en cuanto al reconocimiento de la autonomía de la voluntad, viene complementado por otros del mismo texto legal, hasta el punto de que se ha indicado por la doctrina que la

Provincial sin que la sentencia recurrida vaya en contra del art. 1255 Cc que permite, precisamente, la configuración del contrato por las partes conforme a sus intereses.

³⁴³ Un ejemplo de esta posibilidad de alteración de un contrato típico para convertirlo en otro atípico en aplicación de la autonomía de la voluntad contenida en el art. 1255 Cc, se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 24 de septiembre de 1987 (RJ/1987/6193). Se discutía en el litigio la calificación de un contrato como de cuentas en participación como requisito previo, planteado por el demandado-recurrente, para negarse a la liquidación de cuentas dimanantes del mismo que pretendía la parte actora. Para fundamentar la incorrecta calificación como tal acude a tres argumentos: el no ser comerciante la otra parte (el cuenta-partícipe, no gestor), la ausencia de calificación como tal en el documento privado por el que se constituye y el hecho de que el cuenta-partícipe no quedara sometido a los resultados prósperos o adversos del negocio (pues se pactaba una retribución del veinte por ciento de los ingresos líquidos, con el límite de la cantidad aportada). El Tribunal rechaza el último de los argumentos precisamente en base al principio de autonomía de la voluntad, recogido en el art. 1255 Cc y admitido en el art. 2 del Código de Comercio, que establece su aplicabilidad no sólo a los actos de comercio regulados en el mismo sino también a los “no especificados” en el Código. Con base igualmente en el art. 57 del Código de Comercio, regulador de la buena fe en materia de contratación mercantil, concluye que “*no presenta relevancia para la decisión del presente litigio el estudio y determinación de si se trata o no de un contrato de cuenta en participación por concurrir todos los requisitos definitorios de esta figura expresados en el artículo 239 del Código de Comercio, puesto que, en todo caso, atendiendo su contenido, significa el establecimiento de una colaboración o cooperación económica entre ambos contratantes, cuyos términos deben ser respetados y cumplidos según lo pactado, de acuerdo con las normas generales de la contratación invocadas por el actor y acudiendo, para lo no previsto, a la regulación propia de la figura más afín y ese cumplimiento por parte del demandado ... le obliga a realizar la liquidación de cuentas que la sentencia le impone*”.

³⁴⁴ REVERTE NAVARRO, A., “Comentario al art. 1255”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 130. Para REVERTE, el concepto de pacto se refiere a partes determinadas de la regulación contractual, pudiendo ser de tres tipos: los que desplazan la regulación prevista legalmente, los que resultan prohibidos bajo pena de nulidad y aquellos que, al introducirse en un contrato, dan vida a un contrato distinto y por tanto atípico. Por lo que respecta al concepto de condición, considera que se utiliza en un sentido no técnico, como cualquier mecanismo de determinación del contenido contractual. Finalmente, considera el concepto de cláusula similar al de pacto si bien referido siempre a su proyección documental.

autonomía de la voluntad constituye un auténtico principio general del Derecho por ser una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro Derecho privado³⁴⁵.

El primero de dichos preceptos no se incluye en sede contractual sino en el propio Título Preliminar del Código, al regular las fuentes del Derecho y las normas jurídicas. En efecto, el art. 6.2, al hacer referencia a la exclusión voluntaria de la ley aplicable, está reconociendo el valor de la autonomía de la voluntad en el derecho privado, que permite incluso la no aplicación de una norma legal. No es de extrañar, por tanto, que por algún sector de la doctrina se hayan equiparado los pactos entre particulares a las normas jurídicas³⁴⁶.

Relacionado con este precepto y complemento esencial del art. 1255 del Código, es el art. 1.091 del mismo texto legal, que permite a los particulares dotar de contenido la relación jurídica creada por ellos y establece la eficacia obligatoria que la ley reconoce a la autonomía contractual, al disponer que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. De este modo, el precepto reconoce el doble contenido de la autonomía de la voluntad, la fuerza vinculante del contrato y

³⁴⁵ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 9, número 4, 1956, pág. 1155. Según este autor, es tan evidente que puede parecer una *simpleza* el indicarlo, por haber plasmado en una pluralidad de reglas y aforismos y venir unánimemente aceptado, no resultando necesario insistir sobre ello. Además, el autor rechaza la consideración de principio de carácter político, aunque fuera acogido por el Estado liberal, coincidiendo por tanto con DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 11, nº 4, 1958, pág. 1010. Para DIEZ-PICAZO, se trata de un “*principio del derecho natural, porque el respeto a la persona y su reconocimiento como ser de fines, exigen la vigilancia de aquel principio, dentro del cual únicamente puede el hombre realizarse plenamente. La supresión de la autonomía privada como principio general del Derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en instrumento de la comunidad*”, añadiendo que también es un “*principio tradicional del Derecho español, que ha reconocido y defendido siempre el valor sobrenatural del individuo y la necesidad de la protección de la realización de sus fines*”.

³⁴⁶ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “La ley y la potestad normativa privada”, *Ensayos jurídicos (1953-2011)*, Tomo I, Madrid, 2011, págs. 362. En su opinión, los actos de autonomía privada crean entre las partes un precepto que estatuye recíprocos deberes y derechos y que por ello debe ser observado por ellas, teniendo una estructura formal semejante a los mandatos derivados de una autoridad pública. Así, en una concepción kelseniana, en ambos existe la previsión o acotamiento de unos supuestos de hecho y el establecimiento de consecuencias jurídicas, por lo que resulta legítimo hablar de normas jurídicas emanadas de los particulares. En cambio, para otro sector, entre ambos tipos de preceptos existe una diferencia de grado en cuanto a su eficacia, al estar limitados los privados a las partes que los establecen, mientras que las normas jurídicas tienen alcance general.

también la necesidad de cumplimiento en los términos pactados y no otros distintos³⁴⁷.

El ámbito de aplicación de la fuerza obligatoria del contrato queda regulada en el art. 1257, según el cual, sólo quedarán vinculados por lo pactado los contratantes y sus herederos (o causa-habientes, en general), recogiendo de este modo la llamada regla de la eficacia relativa de los contratos, nacida en el Derecho Romano (el contrato es, se dice, “*res inter alios acta*”) y que durante mucho tiempo se ha mantenido de manera absoluta³⁴⁸. No obstante, en la actualidad la doctrina suele coincidir en considerar esta eficacia relativa del contrato limitada a su eficacia “directa”; no, en cambio, aplicable a los efectos indirectos del contrato o eficacia “refleja”, derivada de la inserción del mismo en el marco de la realidad social en que debe ser aplicado³⁴⁹.

Por otro lado, la eficacia obligatoria del contrato también es objeto de regulación en el art. 1256 del Código, que establece la prohibición de que la validez y el cumplimiento de lo pactado queden al arbitrio de uno de los contratantes. A su análisis dedicaremos un apartado específico de este capítulo por enlazar directamente con el derecho de desistimiento, al implicar, en principio, un rechazo de la desvinculación unilateral del contrato.

³⁴⁷ En tal sentido, VERDERA SERVER, R., Comentario al art. 1091, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 43.

³⁴⁸ En tal sentido, INFANTE RUIZ, F.J., Comentario al art. 1257, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 610.

³⁴⁹ INFANTE RUIZ, F.J., Comentario al art. 1257, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 610-611 cita varios supuestos, tales como los contratos conexos por venir así previsto en ellos o la llamada “*tutela aquiliana*” del derecho de crédito (para los supuestos en que un tercero provoca el incumplimiento del contrato y que se resuelve por la vía de la responsabilidad extracontractual). También serían supuestos en los que quiebra la eficacia relativa de los contratos, los llamados contratos vinculados en la normativa de consumo o los supuestos en que la propia ley concede una acción directa a un tercero respecto de uno de los contratantes, como puede ocurrir en los seguros de responsabilidad civil (art. 76 de la Ley 50/80, de 8 de octubre, de Contrato de Seguros. BOE núm. 250 de 17 de octubre) o en contratos incluidos en el propio Código Civil, como los casos del subcontratista respecto del dueño de la obra (art. 1597) o el arrendador contra el subarrendatario (art. 1552). Finalmente, debe destacarse que la normativa en materia concursal se ha modificado recientemente para imponer las condiciones de los acuerdos de refinanciación a acreedores que no son parte en los mismos. Al respecto, puede consultarse CASTRESANA, J., “La progresiva pérdida del principio de relatividad de los contratos”, *Diario La Ley*, núm. 8296, 23 de abril de 2014.

El conjunto normativo relativo a la autonomía de la voluntad se completa con el art. 1258 del Código al establecer la obligación de cumplimiento de lo expresamente pactado desde el momento de la perfección del contrato a través del mero consentimiento, recogiendo así la tradición consensualista de nuestro Derecho expuesta anteriormente, así como otros preceptos de menor trascendencia como el art. 1089 que establece como fuente de las obligaciones al contrato o el art. 1278, que establece la validez del contrato y su eficacia con independencia de la forma en que se haya celebrado.

Todas estas normas suelen ser utilizadas en su conjunto para fundamentar los recursos de casación que se plantean ante el Tribunal Supremo, si bien éste suele considerar al art. 1091 como genérico y estimar los recursos tan sólo cuando el Tribunal cuya sentencia se somete a examen desconozca la obligatoriedad del contrato o incurra en ilegalidades respecto de su interpretación³⁵⁰. Un ejemplo concreto de alegación de este conjunto normativo se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015, en la que se estima el recurso por entender que hubo incumplimiento de lo pactado en el contrato, previa interpretación del mismo³⁵¹.

³⁵⁰ En tal sentido, VERDERA SERVER, R., Comentario al art. 1091, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 44.

³⁵¹ Sentencia 521/2015, de 15 de septiembre (RJ\2015\4975). Se trataba de una demanda instada por una promotora contra el comprador de una vivienda, instando el cumplimiento del contrato de venta y el pago del precio por el comprador a quien la entidad financiera había denegado la subrogación en el préstamo hipotecario concedido para financiar la construcción. Además, se acumulaba la reconvencción del comprador que solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento de la promotora y consecuente devolución de cantidades entregadas a cuenta. En el contrato privado se preveía la subrogación como única forma de pago y de hecho se incluía una cláusula en la que el comprador, tras manifestar conocer y aceptar las condiciones del préstamo hipotecario, añadía que *“la parte compradora opta libremente en este acto por subrogarse en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre los elementos inmobiliarios descritos”*. Esta redacción, unida a que sólo se preveía la obligación de pago al contado del precio por parte del comprador si la subrogación en el préstamo no se produjera por causas imputables al mismo, lleva al Tribunal Supremo a entender que éste ha cumplido lo pactado conforme al tenor de lo establecido contractualmente: *“se comprueba que la parte compradora se atuvo al compromiso obligacional acordado. Es decir, abonó las cantidades anticipadas pactadas y siguió las instrucciones de la vendedora en orden a la formalización del citado préstamo con la entidad Ibercaja. Requiriéndola de cumplimiento de la obligación asumida cuando dicho préstamo le fue denegado por la entidad bancaria”*. En consecuencia, estima el recurso, desestimando la demanda de la promotora y estimando la reconvencción del comprador.

El Código de Comercio³⁵², por su parte, también dedica diversos preceptos a regular la autonomía de la voluntad³⁵³, lo que resultaría innecesario dado el carácter supletorio del Código Civil. Sin embargo, debe tenerse en consideración que al momento de promulgarse el Código de Comercio, aún no se había aprobado el Código Civil y era aconsejable, por tanto, su regulación.

En efecto, la Exposición de Motivos del Código de Comercio expone que éste remite a las normas del Derecho Civil *“todo lo concerniente a los requisitos necesarios para su validez, capacidad de los contrayentes, modificaciones o novaciones, excepciones, interpretación y extinción”*, lo que se contiene en el art. 50. Debe destacarse en este punto que establece por tanto un régimen de fuentes de los contratos diverso al de los demás actos de comercio, para los cuales se ha de aplicar en primer lugar el propio Código de Comercio y los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y sólo a falta de ambos, se aplicaría el Derecho común.

Sin embargo, el Código sí contiene normas específicas, según la Exposición de Motivos *“por lo que hace a las cosas o hechos que son la materia de los contratos y constituyen su objeto, así como respecto de las condiciones y formas con que pueden celebrarse”* y así, *“reputa válidos y eficaces en juicio y fuera de él, los contratos comerciales, cualquiera que sea la forma en que se celebren, verbal o escrita, entre presentes o ausentes, puramente o bajo condición, sobre cosas existentes o futuras, y cualquiera que sea el idioma, lengua o dialecto en que se haya manifestado la voluntad de los contratantes, la cuantía o valor que haya sido objeto de la negociación y la clase o denominación jurídica que a ésta corresponda; siendo, por lo tanto, libres los comerciantes y los que con ellos contraten para estipular lo que tengan por conveniente y para hacer las combinaciones que les plazcan sobre las cosas o hechos que son objeto lícito del comercio”*. De este modo, se recogen en el Código diversos preceptos que reconocen con amplitud la autonomía de la voluntad de los contratantes.

³⁵² Sobre el proceso de elaboración del Código de Comercio, puede consultarse GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARIN, J.M., *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)*, Madrid, 1982, págs. 586-595.

³⁵³ La Comisión redactora del Código fue organizada por Real decreto de 20 de septiembre de 1869, en el que se incluían siete bases en las que se trazaban las directrices que habían de marcar su actividad. Por lo que respecta a la autonomía de la voluntad, la Base 2ª establecía que *“el Código no podrá imponer, para la legitimidad de los contratos, reglas y formas determinadas y exclusivas, y deberá por el contrario reconocer que tienen fuerza de obligar las que fijen y adopten libérrimamente las partes contratantes en uso de su derecho”*.

El art. 51 determina el contenido de la autonomía de la voluntad, al establecer la validez y eficacia (*“producirán obligación y acción en juicio”*) de los contratos mercantiles, cualquiera que sea la forma en que se plasmen, el idioma en que se celebre, la clase de contrato o la cuantía que comprendan, y todo ello siempre que sea probada su existencia por cualquiera de los medios admitidos en Derecho³⁵⁴. De este modo, no sólo se reconoce la libertad para celebrar contratos, sino también el carácter obligatorio de lo pactado.

El art. 52, por su parte, regula como excepción al anterior los supuestos en los que se excluye la libertad de forma. En estos supuestos, se exige la forma que la ley española o extranjera que los regule pueda exigir en cada momento. Por su parte, el art. 53 establece el límite de la autonomía de la voluntad al negar eficacia a lo que denomina como “convenciones ilícitas” y que debe entenderse como aquellos pactos contrarios a la norma legal.

Por otro lado, el art. 57 establece la obligación de cumplimiento de los contratos conforme a lo pactado: los contratos se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

Finalmente, se refiere a la autonomía de la voluntad el art. 118, inserto en el Título Primero del Libro II del Código, dedicado a las compañías mercantiles. El precepto establece la validez y eficacia de los contratos entre las compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre que fueren lícitos

³⁵⁴ Un ejemplo de aplicación de este precepto se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6/2000, de 20 de enero de 2000 (RJ\2000\112), en la que se debatía la existencia de un contrato de distribución que fue resuelto de manera unilateral tras veinte años de relación mercantil entre las partes, reclamándose por la distribuidora la correspondiente indemnización. El contrato no se había plasmado por escrito, sino que se trató de acreditar mediante diversas cartas en las que la concedente manifestaba a terceros que su único distribuidor en España era la reclamante. El juzgado de primera instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de la concedente al entender que no se había acreditado la relación entre las partes. En el recurso de casación se alegó la infracción de los arts. 1278 del Código Civil y 51.1º del Código de Comercio, siendo estimado por el Tribunal Supremo por el siguiente razonamiento: *“el motivo, ha de prevalecer , ya que, en base a dicho principio espiritualista, acogedor de la génesis de la relación contractual entre las partes, en el sentido de admitir la verdad jurídica trasunto del viejo adagio de que, «de cualquier forma que uno quiera obligarse, queda obligado», la búsqueda de la realidad contractual cuestionada, habrá de integrarse en base a los hechos que se consideran no cuestionados, tal y como han quedado transcritos y que conducen a proclamar la realidad de dicho contrato de distribución en exclusiva”*.

y honestos y se hubieran cumplido los requisitos de constitución de aquéllas establecidos en el propio Código³⁵⁵.

Con esta regulación, que no obstante es calificada por la doctrina de amplia pero desordenada e inorgánica³⁵⁶, unida a la contenida en el Código Civil, podemos concluir que nuestro sistema legal reconoce plenamente la autonomía de la voluntad y el principio “*pacta sunt servanda*”.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la reciente crisis económica ha puesto de manifiesto la comercialización por parte de determinadas entidades financieras de productos carentes de la necesaria transparencia y cuya licitud han defendido aludiendo al principio “*pacta sunt servanda*”. En ese contexto, se acordó por el Pleno del Congreso de los Diputados la constitución, en el seno de la Comisión de Economía y Competitividad, de una Subcomisión sobre la transparencia en la información de los productos financieros e hipotecarios de las entidades de crédito, que tras las oportunas comparecencias de los operadores del sector y los oportunos trabajos, presentó su Informe en fecha 28 de octubre de 2013³⁵⁷.

En dicho informe se indica expresamente que cualquier iniciativa legislativa en relación con los productos financieros y bancarios que se adopte no puede perder de vista algunos principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Tras aludir al principio de responsabilidad por los propios actos, en virtud del cual “*el*

³⁵⁵ Una cuestión interesante que tiene relación con este precepto –y sobre el que no podemos extendernos al situarse fuera del ámbito de este trabajo– es la posibilidad de que una sociedad mercantil pueda realizar actos a título gratuito. Al respecto, se ha dictado por la Dirección General de los Registros y del Notariado una reciente resolución, de 20 de enero de 2015 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015), que viene a admitir tal posibilidad, si bien no alude al precepto objeto de comentario. Según la resolución “*debe partirse, por una parte, de la capacidad general de la sociedad como sujeto de derecho para realizar actos jurídicos, según resulta de los artículos 38 del Código Civil y 116, párrafo segundo, del Código de Comercio, salvo aquellos que por su propia naturaleza o por hallarse en contradicción con las disposiciones legales no pueda ejecutar*” y de ahí que la normativa “*impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición. Aunque no se impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento o obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el artículo 48.2.a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios*”.

³⁵⁶ GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, pág. 353.

³⁵⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 352, de fecha 5 de noviembre de 2013, págs. 10-20.

cliente que firma un contrato debe asumir la responsabilidad de cumplir con las obligaciones derivadas del mismo”, se alude al principio de presunción de validez del consentimiento, de tal modo que “el consentimiento se presume válido y desde entonces obliga a cumplir lo pactado”, admitiéndose, no obstante, la prueba en contrario ante los Tribunales. Finalmente, se hace hincapié en “el tercer principio, piedra angular de nuestro sistema jurídico, es el de «pacta sunt servanda». Las obligaciones deben ser cumplidas. Ello es especialmente relevante en aquellos supuestos en los que las partes no cumplen sus prestaciones simultáneamente, como en el caso del contrato de préstamo, en el que el prestamista presta de antemano y espera que el prestatario le devuelva el dinero prestado”.

Resulta por tanto evidente la vigencia del principio y la voluntad del Legislador de mantenerla en el futuro, incluso en un contexto económico tan peliagudo como el que dio lugar a la constitución de la Subcomisión.

II.2.2. Límites de la autonomía de la voluntad.

Sentada la vigencia y el valor del principio “*pacta sunt servanda*”, debemos plantearnos si existen límites³⁵⁸ en su formulación y, de haberlos, si permiten a las partes de un contrato desvincularse del mismo, pues en definitiva en eso consiste el derecho de desistimiento objeto de este trabajo de investigación.

En la medida en que el principio de autonomía de la voluntad es una creación legal, un poder conferido por el Estado a los particulares para que autorregulen sus intereses, es evidente que no puede ser concebido de manera ilimitada, sino que la propia Ley podrá fijar sus límites, podrá restringirla o en ocasiones anularla, prohibiendo determinados tipos de contratos o de pactos³⁵⁹. No obstante, dado que el principio de autonomía de la voluntad tiene reconocimiento constitucional, aunque no sea de manera explícita, no podrá limitarse de manera constitucionalmente

³⁵⁸ ATAZ LÓPEZ, J., SALELLES CLIMENT, J.R., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, Tomo I*, Valencia, 2013, pág. 155, alude a la distinción que hace algún sector de la doctrina entre límites –intrínsecos a la propia noción de autonomía de la voluntad- y limitaciones –que son puramente coyunturales, debidos a circunstancias externas y que existen simplemente porque una ley constriñe en un aspecto concreto el ámbito de autonomía. Tal y como indica el autor, la distinción no aporta claridad alguna y por tanto no distinguiremos entre ambos tipos de supuestos.

³⁵⁹ En tal sentido, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “La ley y la potestad normativa privada”, *Ensayos jurídicos (1953-2011), Tomo I*, Madrid, 2011, págs. 363.

legítima cuando las disposiciones de la Ley que lo restrinjan determinen la lesión de otros derechos fundamentales o derechos reconocidos en la Constitución o libertades públicas³⁶⁰.

Por otro lado, en este punto debe tenerse en cuenta la evolución histórica, de tal modo que las limitaciones a la autonomía de la voluntad han ido variando con el tiempo. Como se ha expuesto de manera muy gráfica por la doctrina³⁶¹, los Códigos decimonónicos parten del supuesto de una *“contratación individualizada, lenta y prolija en su etapa preparatoria, como esa contratación campesina que se eterniza entre parsimonioso liar de pitillos y morosas rondas de vino”*, mientras que en la actualidad nos encontramos ante una contratación *“que pudiéramos llamar deshumanizada, una contratación de cola y mostrador o ventanilla, de formulario impreso y de fichero, en la que ya no hay “parroquianos”, sino números y siglas; una contratación en la que no se discute, porque el contrato está ya redactado y no hay sino firmarlo”*.

En efecto, el Código Civil y el Código de Comercio regulan una contratación entre sujetos libres y en igualdad de condiciones, sin que sus autores pudiesen prever al momento histórico de su redacción una situación de asimetría entre las partes. Aún menos pudieron siquiera vislumbrar que una de las partes fuera capaz de imponer a la otra sus condiciones para contratar basándose en la ausencia de competencia o en el carácter esencial del producto o servicio que ofrece. De ahí que a veces resulta preciso utilizar los instrumentos que los Códigos ofrecen, sin que sea necesaria la

³⁶⁰ En tal sentido, REVERTE NAVARRO, A., “Comentario al art. 1255”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 239, considera que *“nuestro Código civil es un código basado en los derechos y no uno basado en los deberes, cuando reconoce la libertad de hacer y de vivir del individuo. En una cultura como la que se sustenta en el Código Civil, el individuo y su libertad de hacer es lo que se protege y se tiene como prioritario. Esta posición la consagra el artículo 1255 al establecer que las partes pueden pactar lo que tengan por conveniente; pero, a su vez, y por la propia esencia de la libertad, con la expresión siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público, se trata de defender los valores de naturaleza colectiva que cuidan de la pacífica y civil convivencia entre los hombres y de su progreso económicos y social, así como de los valores de naturaleza individual, relativos a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de los particulares. Cualquier acto de autonomía contractual que por el resultado propuesto vulnere o no respete estos valores es ilícito y, por tanto, nulo”*.

³⁶¹ ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, nº 1, 1949, págs. 54-55.

aprobación de nuevas leyes³⁶², para evitar resultados no deseados por abuso de la autonomía de la voluntad.

En el Derecho moderno, a pesar de la letra de los Códigos, se ha impuesto prácticamente la limitación de la autonomía de la voluntad. La revolución industrial, el gran capitalismo, la organización democrática del Estado y de la sociedad, llevan de modo inexorable a una restricción progresiva de la libertad individual; en ocasiones, hasta reducirla casi a la nada, como ocurre en la legislación del trabajo y sobre arrendamientos. Esta dirección contraria a la autonomía de la voluntad ha llegado a coartar excesivamente la libertad y a establecer cortapisas irritantes, pero también existen motivos de justicia y equidad que exigen un Derecho necesario en materia de obligaciones³⁶³. Y es que no debemos olvidar lo que la doctrina ha denominado la *función social* de la legislación, que ha permitido al Estado invadir el campo de la autonomía privada restringiendo derechos pero también permitiendo el correcto ejercicio de los mismos por la parte más débil³⁶⁴.

³⁶² En tal sentido, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2010, págs. 60-62. Según el autor, el Código civil regula los contratos típicos del siglo XIX, por lo que la mayor parte de su regulación es obsoleta o está derogada o caducada por “*desuetudo*” social. Sin embargo, no considera que sean necesarias nuevas leyes sino que precisamente estamos ante todo un reto para construir nuestro Derecho de contratos de una manera nueva, pues “*con los mimbres de nuestros códigos se puede construir un buen Derecho de Contratos*”. Aunque los Códigos están llenos de instituciones desfasadas, se pueden obtener “*reglas generalizables a partir de preceptos de ocasión o de enunciados anecdóticos o trasnochados*”.

³⁶³ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 11, nº 4, 1958, pág. 1012. Añade que “*frente a las organizaciones de los grupos industriales y financieros que, como los antiguos poderes feudales, pretenden perpetuar, extender y justificar su ámbito de dominación con el instrumento de la libertad contractual, han sido la concepción democrática y el sentido natural de la justicia las causas primeras que han desencadenado la enérgica reacción legislativa y doctrinal señalada. La libertad real de los económicamente débiles exige que no se conceda eficacia jurídica a los contratos cuya aceptación se les imponga abusando de su debilidad económica*”.

³⁶⁴ Para ESPÍN CÁNOVAS, D., “Los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho privado: discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1954-55”, *Publicaciones de la Universidad de Murcia*, 1954, en el ejercicio de esa función social del Derecho, “*el Estado de esta época, sin distinción de países ni de ideologías, se ve forzado a invadir el campo de la autonomía privada, ese recinto amurallado en que el ser humano podía atrincherarse en el pasado siglo bajo el signo de la exaltación de los derechos individuales. Y asistimos así, a esa profunda mutación de tantos derechos subjetivos privados, que trasciende a la radical fundamentación de todo el Derecho privado, objetivamente considerado*”.

Resulta conveniente sistematizar los distintos tipos de límites a la autonomía de la voluntad para facilitar su estudio, existiendo diversas clasificaciones³⁶⁵. Así, algunas atienden al objeto del límite, distinguiendo entre aquellos que afectan a la libertad de contratar de aquellos otros que afectan al contenido de lo pactado entre las partes. Otras clasificaciones se basan en la forma en que la limitación opera, distinguiendo las limitaciones negativas (que impiden determinados contratos o determinado contenido de un determinado contrato) y las positivas (las que imponen un determinado contrato o su contenido). Finalmente, hay otra clasificación que atiende a las fuentes de los límites y distingue entre las impuestas por la ley o las derivadas de la moral o el orden público, como hace el propio Código Civil.

Por nuestra parte, dejando a un lado la consideración por algún sector de la doctrina del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad como límite de la misma³⁶⁶, nos centraremos en aquellos que más directamente afectan al objeto de nuestro trabajo: los establecidos por el propio Código Civil, los introducidos en la legislación protectora de consumidores y usuarios y finalmente, abordaremos la denominada “*eficacia horizontal de los derechos*” como posibilidad de limitar la autonomía de la voluntad de los particulares.

II.2.2.1. Los límites establecidos en el art. 1255 del Código Civil.

Esta clasificación atiende al origen de las limitaciones y aparece recogida expresamente en el mismo precepto que reconoce la autonomía de la voluntad que, de este modo, es considerada por el Legislador no como un poder omnímodo sino sometido a importantes límites.

³⁶⁵ En tal sentido, ATAZ LÓPEZ, J., SALELLES CLIMENT, J.R., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, Tomo I*, Valencia, 2013, pág. 153-154.

³⁶⁶ GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, págs. 421-422. Para este autor, sólo es posible concebir la autonomía de la voluntad sobre la existencia de un contrato jurídicamente válido, de tal modo que si las partes deciden no contratar (y por tanto ejercitar una suerte de autonomía contractual “negativa”) es preciso que no hayan llegado aún a cerrar el acuerdo, que no hayan llegado a concurrir todos los factores exigidos para la existencia y validez del contrato. En tal sentido, considera que hay un “*punto sin retorno*” en el proceso contractual a partir del cual las partes han perdido su libertad de contratar porque ya han contratado efectivamente. Ese momento vendría fijado en el art. 1254 del Código cuando confluyen ambos consentimientos para obligarse una parte respecto de la otra. En realidad, en nuestra opinión, no se trata de una limitación a la autonomía de la voluntad, sino que el supuesto deberán enmarcarse en la institución del precontrato o los tratos preliminares.

El primero de ellos es la ley, que constituye la fuente primaria de limitaciones al principio de autonomía de la voluntad, y que existiría aun en caso de que el precepto no lo indicara expresamente³⁶⁷. Es un límite que podemos considerar natural, pues resulta evidente que si la autonomía de la voluntad existe porque el Estado la reconoce, éste podrá determinar su contenido y extensión.

Ahora bien, si, tal como hemos expuesto, existe un fundamento constitucional del principio, en tal caso deberán tomarse en consideración las prescripciones contenidas en el art. 53 de la Constitución y, por tanto, exigir una ley formal al respecto, poniendo fin de este modo a las polémicas doctrinales respecto a si es posible limitar la autonomía de la voluntad por normas reglamentarias. Al respecto, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión al tener que resolver sobre la adecuación a derecho del control de legalidad atribuido en norma reglamentaria a los notarios. Este control de legalidad, que les permitía denegar la autorización de determinados actos notariales³⁶⁸, ha sido rechazado por el

³⁶⁷ En tal sentido, ATAZ LÓPEZ, J., SALELLES CLIMENT, J.R., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, Tomo I*, Valencia, 2013, pág. 154.

³⁶⁸ La cuestión del control de legalidad notarial ha generado un importante debate, si bien la motivación de la mayoría de las opiniones vertidas ha de buscarse no tanto en los aspectos jurídicos del asunto sino más bien en cuestiones de tipo corporativo.

El llamado control de legalidad se introdujo en la reforma del Reglamento Notarial introducida por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 (BOE núm. 189, de 7 de julio). En concreto, la nueva redacción del art. 145 del Reglamento Notarial imponía a los notarios el deber de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y *de que el otorgamiento se adecua a la legalidad* y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes, así como que se negaran a la autorización del documento en determinados supuestos, estableciéndose un recurso administrativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Este precepto, junto con otros, fueron impugnados en la jurisdicción contencioso-administrativa por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, resolviéndose finalmente por Sentencia del Tribunal Supremo nº 2176/2008, de 20 de mayo de 2008, (Id Cendoj: 28079130062008100135), que declaró la nulidad del precepto.

Entre los argumentos esgrimidos por el impugnante se encontraba que dicho control notarial “*va en contra de derechos civiles fundamentales*”, entre los que se encontraba “*la infracción de la libertad de las personas, que según el art. 10.1 de la Constitución es fundamento básico del orden político y la paz social, perjudica la libertad de contratación y el libre desarrollo de la personalidad*”, en definitiva y por lo que a nosotros nos interesa, el principio de autonomía de la voluntad que, por tanto, sólo es posible limitar por ley.

La sentencia, tras recalcar la trascendencia que tendría la denegación de la autorización de un documento público para los derechos y titularidades patrimoniales de los interesados al privarle de la eficacia de un documento público y del acceso a la protección registral, y tras recordar la doctrina constitucional sobre la reserva de ley y el papel que ha de jugar el Reglamento en el ordenamiento jurídico, concluye que no existe amparo legal para la introducción del control de legalidad.

Además, considera que “*la regulación del precepto reglamentario afecta a aspectos de la contratación regulados en el Código Civil, como el acceso a determinada forma (art. 1279) o la libertad de pacto (art. 1255), aparte de otros aspectos que ya hemos señalado antes, que una disposición reglamentaria debe*

Tribunal precisamente por no haber sido establecido en ley formal, sino reglamentaria.

Además, debe tenerse en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional que admite la posibilidad de incluir en una norma reglamentaria normas que puedan afectar a derechos fundamentales, siempre que se trate de desarrollar y complementar las disposiciones legales y no responda a una remisión general e incondicionada que suponga la deslegalización de la regulación³⁶⁹. Esta

respetar y tomar en consideración a la hora de establecer una regulación que incida en las previsiones de la norma de rango superior, que en este caso tampoco se ha tenido en cuenta”.

Sin embargo, a nuestro juicio, el Tribunal Supremo es más contundente aún en cuanto a la necesidad de que la autonomía de la voluntad se limite por norma de rango legal, cuando analiza el art. 197 ter del Reglamento. En dicho precepto se regula la posibilidad de firma de pólizas mercantiles por las partes ante distintos fedatarios públicos, en cuyo caso no puede transcurrir más de dos meses desde el otorgamiento del primer consentimiento y el del segundo, de tal modo que transcurrido el mismo, es preciso un nuevo otorgamiento del primero. El motivo de impugnación en este caso es que afecta a la “*libertad contractual en cuanto limita temporalmente la eficacia del acto de parte que ha otorgado en primer lugar la póliza, estableciendo un plazo de manifestación de voluntad de los demás intervinientes no previsto en la ley*”. Pues bien, en este caso, el Tribunal expresamente exige el rango de ley pues “*entiende la Sala, que el precepto, en cuanto impone a las partes un determinado plazo para el otorgamiento, partiendo de la no exigencia de unidad de acto, viene a restringir, sin previsión legal que le sirva de amparo, el ámbito de la autonomía de la voluntad y libertad contractual de las partes, cuya infracción se invoca genéricamente por la recurrente, voluntad contractual preexistente que se ve limitada en cuanto a su formalización e intervención notarial, con la consiguiente incidencia en la garantía y efectos que ello proporciona, en contra de las normas de carácter legal que la ampara (arts. 1255, 1278 ó 1279 del Código Civil), y que no excluyen la posibilidad de persistencia de tal voluntad de otorgamiento por las partes más allá del plazo recogido en el Reglamento, norma reglamentaria que no puede ir en contra de lo establecido en normas de rango superior*”.

La conclusión, por tanto, que podemos obtener de la sentencia es la clara exigencia de ley formal para limitar la autonomía de la voluntad.

Por último, debemos hacer referencia a que un nuevo intento de introducir el control de legalidad, esta vez para las operaciones bancarias en concreto, tuvo lugar con la redacción de los párrafos 3 y 4 del art. 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261 de 29 de octubre de 2011), igualmente recurrida en vía contencioso-administrativa por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. A pesar de la habilitación legal para el dictado de la Orden contenida en el art. 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de marzo), el Tribunal Supremo, en sentencia núm. 782/2016, de 7 de marzo de 2016, (Id Cendoj: 28079130032016100071) estima el recurso y anula dichos preceptos basándose en la necesidad de una habilitación legal al respecto y con remisión expresa a la sentencia de 2008.

³⁶⁹ Entre las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional que tratan la cuestión, puede citarse la Sentencia 111/2014, de 26 de junio de 2014 (BOE núm. 177, de 22 de julio), que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra. Al respecto, establece que “*Es doctrina reiterada de este Tribunal que la reserva de ley es compatible con la colaboración reglamentaria. Hemos excluido, sin embargo, «que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del Legislador (STC 83/1984, de 23 de julio, FJ 4, confirmado, por todos, en el FJ 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre)*. Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad “*a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley*”, criterio “*contradicho con evidencia mediante cláusulas legales... en virtud de las que se produce una*

cuestión tiene especial relevancia en materia bancaria, al estar contenida la mayor parte de la normativa sobre transparencia en la contratación con consumidores en normas de rango inferior a la ley³⁷⁰. No obstante, en los últimos tiempos parece apreciarse una tendencia a la regulación legal, al efectuarse la transposición de Directivas comunitarias por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia mediante leyes de los correspondientes Parlamentos regionales³⁷¹.

verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del Legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir”» (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 5)”.

³⁷⁰ La normativa sobre transparencia bancaria trae causa de la hoy derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito (BOE nº 182, de 30 de julio de 1988), cuyo art. 48.2 facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para dictar determinadas normas con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela. En desarrollo de la ley se dictaron las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994). A su vez, ambas normas fueron desarrolladas por la Circular del Banco de España nº 8/1990, de 7 de septiembre, a las entidades de crédito sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 1990), y las sucesivas reformas de la misma.

En la actualidad, la cuestión se regula en el art. 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 156, de 27 de junio), si bien con indudables diferencias -que escapan al objeto de este trabajo- que inciden directamente sobre el principio de libertad contractual, al que ahora tan sólo se hace referencia al delimitar los tipos de referencia de los préstamos a interés variable. Esta Ley 10/2014 ha venido a derogar el apartado 2 del art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con similar contenido, y que sirvió de habilitación legal para el dictado de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, desarrollada por la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Debe tenerse en cuenta, además, que diversas leyes se refieren directamente a la normativa de menor rango para regular el contenido de las relaciones entre entidades de créditos y sus clientes. Por lo que afecta a la LCDSFC, el art. 8, al referirse a los requisitos de información previa, y el art. 9 al hacer referencia a las condiciones contractuales, se remiten a la legislación especial aplicable al servicio financiero objeto del contrato a distancia. Además, especifican que, en lo relativo a la materia de servicios de pago, serán exigibles los requisitos establecidos por la Ley “y sus disposiciones de desarrollo”.

³⁷¹ Sin pretender alejarnos del objeto de este trabajo, es de reseñar, por ceñirnos al ámbito territorial en el que nos situamos, la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda (BOJA núm. 114, de 16 de junio de 2016). Según declara su Exposición de Motivos, “*siendo amplio el conjunto de normas que inciden sobre el préstamo hipotecario, ha de reconocerse que, sea por tratarse de regulaciones parciales en cuanto al ámbito de actuación o por haberse abordado desde un enfoque distinto al de la protección de las personas consumidoras y usuarias, aquellas no cubren todas las necesidades de protección de estas en un sector tan dinámico como el financiero, y, en concreto, en el caso del préstamo o crédito hipotecario, al que se han ido adicionando paulatinamente cláusulas o productos complementarios o accesorios que los hacen aún más complejos e inciden en el coste efectivo de los mismos*”. Es ese “vacío” legal el que viene a colmar la norma, que también se encarga de destacar “*que la protección prevista en esta ley se asegura solo con medidas administrativas y, por tanto, no suponen ninguna obligación civil o mercantil, circunscribiéndose al*

El debate se entremezcla con otro aún más intenso e interesante, que es el relativo a la naturaleza jurídica de la normativa sobre transparencia, planteándose la doctrina si las reglas sobre transparencia bancaria, en la medida en que se contienen en normas de carácter administrativo, obligan o no a los sujetos privados, que han de regirse por el Derecho civil y mercantil y, especialmente, por el principio de autonomía de la voluntad³⁷².

En nuestra opinión, el debate está superado³⁷³ en el sentido de que toda la normativa de transparencia, ya resulte de una norma legal con carácter formal, ya

ámbito propio de la defensa de las personas consumidoras y usuarias, ejercitable por competencia propia a esta comunidad autónoma”, haciendo referencia sin duda a un problema al que nos referiremos a continuación.

³⁷² MORENO LISO, L., “Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios”, *Diario La Ley*, núm. 7514, 22 de noviembre de 2010 considera que, en cuanto al debate doctrinal sobre la aplicación, o no, de la normativa sobre transparencia bancaria a las relaciones contractuales que nacen entre la entidad de crédito y los clientes o consumidores cuando ambos contratan, existen tres posiciones doctrinales distintas: una primera, que “*estima aplicable la normativa sobre transparencia a las relaciones con los particulares por dos motivos principalmente: porque se trata de normas integradas en el concepto de “ley” en sentido amplio, ya que el art. 1255 Cc utiliza esta acepción para limitar el principio de autonomía de la voluntad; y porque son normas de Derecho Privado, dado que regulan relaciones inter privados*”; un segundo grupo de autores considera que la normativa de transparencia “*no tiene trascendencia en los clientes bancarios porque es imposible que una norma reglamentaria limite la libertad de pactos (principio de legalidad) y porque el art. 48.2 Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito expresamente prioriza esa libertad contractual (“sin perjuicio de la libertad de contratación”)*”; finalmente, un tercer grupo defiende una posición mixta, “*argumentando que estas normas no tendrían trascendencia directa en el ámbito de la contratación (art. 48.2) pero sí indirecta sobre la protección de los consumidores y el control de las condiciones generales de la contratación (art. 80 TR, ex art. 10 LGDCU), sirviendo las normas reglamentarias como criterio de interpretación de las buenas prácticas bancarias en la aplicación de los Tribunales*”. En este último grupo de autores debe incluirse a ROJO ALVAREZ-MANZANEDA, C., El principio de homogeneidad operativa del mercado de valores y las entidades de crédito”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 118, abril-junio 2010, pág. 50, en relación con la cuestión de si las entidades financieras cuando comercializan servicios de inversión están sometidas no sólo a la normativa aplicable a las entidades financieras sino también a las correspondientes normas del Mercado de Valores. Concluye que la incidencia de estas normas de ordenación, tanto en materia bancaria como de mercado de valores, en el ámbito contractual, viene determinada por su “*condición de oferta ad erga omnes, que deviene en vinculante mediante el recurso a una buena fe contractual que ha de presidir la ejecución de todos los contratos mercantiles (art. 7.1 y 1258Cc y 57 CCo) y que si bien carece de una formulación positiva concreta, la jurisprudencia específica que opera como límite al ejercicio de los derechos subjetivos y que se considera infringida cuando se procede a crear una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso una confianza en ella*”.

³⁷³ Desde luego, no lo está a nivel doctrinal. Resulta interesante, en este sentido, la posibilidad que incluye la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 (DOCE núm. 60, de 28 de febrero de 2014), en su Considerando 83, de que las normas que contiene se transpongan al Derecho nacional mediante normativa “*prudencial*” –puramente administrativa- o “*por medio del Derecho civil o del derecho penal*”. Esta distinción entre normas de uno y otro tipo, sin duda, avivará el debate doctrinal. Puede consultarse al respecto ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 2 (abril-junio 2015), págs. 23-26.

resulte de una norma reglamentaria, es plenamente aplicable a las relaciones contractuales entabladas entre las entidades de crédito y sus clientes y el quebrantamiento de las mismas no supondrá una mera ilegalidad administrativa acreedora de una sanción, sino que conllevará las consecuencias generales sobre invalidez del contrato o de la cláusula no ajustada a la norma, según proceda en cada caso. Así resulta tanto de la normativa vigente, como de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto.

En efecto, el art. 6.5 del Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros³⁷⁴, aprobado por Real Decreto 303/2004 de 20 de febrero, define las normas de transparencia como aquellas que contienen preceptos específicos referidos a las entidades de crédito y que con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, *establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros*, exigen la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regulan determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información. En el mismo sentido, y ya con rango legal, debe entenderse la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, cuyo art. 5, se denomina significativamente “*protección del cliente de entidades de crédito*” y cuyo contenido remite a la norma reglamentaria, pero sin hacer ya referencia a la libertad contractual como límite infranqueable de la regla de transparencia.

No es, por tanto, necesario, acudir a argumentos doctrinales utilizados con anterioridad, como que la infracción de una norma de transparencia sólo tendría efectos contractuales si su violación suponía la infracción de otra norma legal, especialmente la normativa legal de protección al consumidor³⁷⁵, o la consideración como abusivas de las cláusulas contractuales que derogan el régimen dispositivo establecido para un contrato

³⁷⁴ La figura de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros fue creada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del sistema financiero (conocida como “Ley Financiera”), en concreto en sus arts. 22 y siguientes y eliminada por la Disposición Derogatoria Única, apartado a) de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que da nueva redacción al art. 30 de la referida Ley 44/2002, sustituyendo las referencias a los Comisionados por los Servicios de Reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, volviendo de este modo al sistema que podemos llamar tradicional.

³⁷⁵ GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Las fuentes de regulación de los contratos bancarios sobre valores negociables”, en *Estudios sobre Jurisprudencia bancaria* (CUÑAT EDO, V., BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. Dir.), 2ª Ed., Cizur Menor, 2002, pág. 57.

en perjuicio del consumidor, en la medida en que aquél presupone un adecuado equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En la actualidad, puede afirmarse sin lugar a dudas que la infracción de una norma sobre transparencia bancaria y protectora de los clientes de entidades de crédito tiene repercusión civil sobre el contrato correspondiente, con las consecuencias que el Derecho privado establezca al respecto.

En el mismo sentido se ha producido una evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En sentencia de 12 de julio de 2004³⁷⁶ se plantea ante el Tribunal las consecuencias del incumplimiento de normas administrativas reguladoras de un contrato, en concreto, la Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981 y la Circular del Banco de España 13/81, de 24 de febrero. El Tribunal desestima el recurso de casación porque entiende que *“ni la Orden ni la Circular citada consignan la nulidad de las operaciones de descuento en que se infrinjan sus disposiciones, sin perjuicio de las sanciones en que puedan incurrir las entidades que las lleven a cabo”*, añadiendo que *“el incumplimiento de una Circular del Banco de España (que) para nada atañe a la cuestión de la nulidad civil de las operaciones crediticias que la contradigan, sino a la corrección de las prácticas bancarias”*.

En cambio, la sentencia de 22 de diciembre de 2009³⁷⁷ adopta ya una posición contraria al desestimar un recurso de casación en el que se alegaba que la sentencia de la Audiencia Provincial había declarado la nulidad de un contrato basándose en infracción de normas administrativas, en concreto de transparencia bancaria³⁷⁸. El Tribunal Supremo desestima el recurso utilizando dos argumentos relativos a la naturaleza jurídica de las normas sobre transparencia:

- a. De un lado, considera que las normas sobre transparencia *“se invocan únicamente a los efectos de determinar los criterios con arreglo a los cuales debe valorarse el requisito de la claridad y la sencillez exigida*

³⁷⁶ CENDOJ 28079110012004100787.

³⁷⁷ RJ\2010\703.

³⁷⁸ Una reseña de la sentencia puede consultarse en SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J: “Doctrina jurisprudencial sobre productos financieros complejos: la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 118, abril-junio 2010, págs. 259-267.

por los art. 5.4 LCGC y 10.1.a LCU, que son los que expresamente fundamentan el pronunciamiento de nulidad”.

- b. Rechaza la alegación de que las normas administrativas no puedan dar lugar a la nulidad de un contrato, *“pues esta Sala, en aplicación del art. 6.3 Cc, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006, RJ\2006\6577) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007, RJ\2007\8644).”*

Como corolario de esta evolución jurisprudencial, debemos citar la sentencia 241/2013, del Pleno del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013³⁷⁹, relativa a la cuestión de las cláusulas de limitación de variabilidad de tipo de interés (también conocidas como “*cláusulas suelo*”) en los préstamos hipotecarios. La sentencia no contiene referencia alguna a la cuestión debatida, sino que precisamente es de destacar por su silencio, puesto que da por sentado que la normativa administrativa contenida en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de los préstamos hipotecarios, es plenamente obligatoria y aplicable a los contratos suscritos entre la entidad financiera y sus clientes, de tal modo que su cumplimiento implica superar el control de inclusión que para las condiciones generales impone la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En definitiva, se da por supuesto que sólo el cumplimiento de estas normas administrativas permite la incorporación del contenido del contrato y su validez³⁸⁰.

³⁷⁹ CENDOJ 28079119912013100009.

³⁸⁰ En efecto, en el apartado 198 y ss. de la sentencia se aborda la cuestión del control de inclusión de las condiciones generales de los contratos, establecido en los arts. 5 (*la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*) y 7 (*no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato; b) Las que*

Por otro lado, debe distinguirse entre normas imperativas y normas dispositivas, siendo las primeras aquellas para las que no cabe derogación por las partes y las segundas aquellas que despliegan su eficacia sólo en caso de ausencia de reglamentación pactada³⁸¹. De este modo, cualquier contrato, o pacto incluido en el mismo, que infrinja una norma imperativa o prohibitiva será nulo de pleno derecho, salvo que la propia norma infringida establezca un efecto distinto, de conformidad con el art. 6.3 del Código Civil.

No obstante, debe tenerse en cuenta la interpretación correctora³⁸² desarrollada por la doctrina sobre esta distinción y que lleva a considerar que no sólo hay normas imperativas en materia de perfección del contrato, sino también respecto a su contenido. Es más, existen normas en las que no se prevé expresamente su carácter dispositivo y debe considerarse, por tanto, que son imperativas, como las que derivan directamente de la naturaleza de los contratos onerosos y conmutativos, así como, dentro de cada tipo contractual, aquellas que constituyen su esencia.

De ahí que se concluya que cualquier pacto o condición que se aparte del tipo legal y abandone alguna facultad u obligación, para que sea válido, debe estar

sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles) de la Ley. Según la sentencia “la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja”. Y ello supone que “la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor”. En definitiva, el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa administrativa de transparencia es lo que permite la validez del contenido del contrato, pues de otro modo, las condiciones generales en él incluidas no se habrían incorporado al mismo y serían nulas de pleno derecho.

³⁸¹ PÉREZ HEREZA, J., SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, J., MARQUÉS MOSQUERA, C., “Límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho Patrimonial”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo III-1, Madrid, 2012, pág. 440.

³⁸² Según DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 14, nº 2, 1961, pág. 333, los pandectistas, al recoger la distinción entre reglas jurídicas sobre materia privada y materia pública, al sistematizarla con fines didácticos, la combinaron con otra clasificación que, en función de su eficacia, las distinguía entre imperativas, prohibitivas y permisivas. De ahí nace la distinción entre normas imperativas, que se imponen automática y necesariamente sin atender la voluntad de las partes, y las dispositivas, que dejan a los particulares cierto margen de libertad, identificándose finalmente el Derecho dispositivo con las normas de eficacia supletoria. El derecho dispositivo, de este modo, viene a recoger la regulación presumiblemente querida por las partes y que, por tanto, podía ser eliminado por la voluntad de las mismas.

justificado por alguna razón concluyente y que justifique o compense la renuncia que implica. En nuestro Derecho, se añade, está permitida la modificación de los tipos contractuales y cabe la exclusión de algunas obligaciones propias del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato no es eficaz en cuanto implica una renuncia de ley³⁸³.

Esta concepción de las leyes dispositivas enlaza con los otros límites establecidos en el Código Civil a la autonomía de la voluntad, la moral y el orden público, que se configuran como *conceptos válvula*, previstos en la ley para permitir al juez solucionar conflictos no previstos expresamente en la norma legal³⁸⁴. Se trata, en definitiva, de permitir al juez que rechace la fuerza obligatoria de aquellos pactos que el común sentir social considere que no deben estar amparados por el Derecho.

El concepto de orden público tiene su origen en el Derecho público y se identifica inicialmente con el concepto de paz pública o paz social. No obstante, en la actualidad ha ido evolucionando hasta referirnos a él como el orden general de la sociedad³⁸⁵. Lo mismo podemos decir en el ámbito privado, donde es citado en diversos preceptos del Código Civil –especialmente, en el art. 6.2 como límite a la exclusión voluntaria de ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella

³⁸³ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 14, nº 2, 1961, pág. 335. Desea manifestar expresamente el autor de este trabajo su admiración por la agudeza del profesor DE CASTRO que, contando tan sólo con el Código Civil y su erudición sobre precedentes históricos y opiniones doctrinales, fue capaz de enunciar estas afirmaciones que no serían recogidas hasta muchos años después por una norma legal, en la actualidad el art. 82.1 del TRLDCU, que hace referencia precisamente a las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un *desequilibrio importante* de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

³⁸⁴ ATAZ LÓPEZ, J., SALELLES CLIMENT, J.R., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, Tomo I*, Valencia, 2013, pág. 160.

³⁸⁵ Según IGLESIAS MACHADO, S., “La evolución del concepto de orden público a través de las Constituciones españolas hasta 1812”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 7, 2010, pág. 373, “*el orden público no constituye un concepto inmutable, atemporal, pues está vinculado a las vicisitudes políticas y sociales de cada momento histórico y a la sociedad misma, con sus correspondientes valores culturales, morales y religiosos. Nos podemos referir al orden público material, el orden en la calle, la tranquilidad pública sin ningún tipo de alteración de la normalidad, la protección de los peligros del hombre y de la naturaleza, de prevenir y evitar los desórdenes, el orden público es el estado de hecho opuesto al estado de hecho que es el desorden. Es decir, una situación exterior de paz y tranquilidad públicas. O referirnos al orden general de la sociedad en sentido amplio. Para Izu Belloso el orden público así entendido, es una cláusula de cierre del ordenamiento, un criterio interpretativo puesto en manos de los jueces para resolver en último caso; según Doral, es una noción variable según las épocas, los países y los regímenes políticos de cada nación; y para Guaita, el concepto de orden público es sin duda uno de los más contingentes y plásticos que ofrece la Ciencia del Derecho*”.

considerados- y ha sido considerado por el Tribunal Supremo, desde antiguo, como un conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada³⁸⁶.

El concepto de orden público, introducido en nuestro Código Civil siguiendo al francés, es difícil de delimitar. DE CASTRO, tras el estudio comparado de los diversos códigos civiles en que se incluye, y tratando de enunciar su contenido, acude a la doctrina, destacando “*lo numeroso y variado de las fórmulas propuestas por los autores para definir el orden público*” y añadiendo que “*su enumeración y cita habría de resultar enojosa para el lector, inevitablemente incompleta y posiblemente inútil*”³⁸⁷. Así, unos autores lo identifican con las normas de carácter imperativo, mientras que otros se refieren al interés público o a las reglas esenciales o indispensables para el funcionamiento del Estado.

³⁸⁶ Así se afirma por el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de abril de 1966, citada por ATAZ LÓPEZ, J., SALELLES CLIMENT, J.R., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, Tomo I*, Valencia, 2013, pág. 161. No obstante, no nos ha sido posible localizar la sentencia, ni en la base de datos utilizada por el autor –en su versión electrónica- ni en la base de datos CENDOJ del Consejo General del Poder Judicial. Sin embargo, la sentencia es citada por otras posteriores, como la de 31 de diciembre de 1979 (RJ\1979\4499) y la 596/2007, de 30 de mayo (RJ\2007\3608). La primera de ellas aborda la legalidad de una asociación de mayoristas constituida sin seguir la regulación de las Agrupaciones Temporales de Empresas, en acta notarial, y de manera contraria a la legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia de 1963. Según el Tribunal, “*limitada la libertad contractual por el orden público, sabido es que la aplicación de este principio habrá de hacerse con referencia a contenidos determinados o situaciones concretas, lo que ha llevado a la sentencia de esta Sala de 5 abril 1966 a declarar que el concepto de orden público nacional viene integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada, relativa de la noción como su característica externa corroborada por el Auto de este mismo Tribunal de 24 octubre 1979, que hace cita del art. 3.º párr. 1.º del Código Civil, sobre la necesidad de ajustar la tarea interpretativa de las normas legales a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad; donde se sigue la posibilidad de construir un esquema del orden público llevado a la esfera de la economía, defendiendo la libre iniciativa sobre la base de limitaciones impuestas a la autonomía privada y protegiendo la libertad de actuación frente a las hegemonías monopolísticas, de tal forma que resulte coordinada la actividad de los particulares con el interés social manifestado en la organización dada a la materia por preceptos de derecho vigente*”. La segunda aborda una impugnación de acuerdos sociales y en concreto analiza si los acuerdos impugnados son o no contrarios al orden público como presupuesto para decidir si la acción había sido ejercitada en plazo. Según la referida resolución, “*la Sentencia de 11 de abril de 2003 (RJ 2003, 3269) recoge la doctrina de las Sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4499) diciendo que el orden público nacional “está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”*”.

³⁸⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, nº 4, 1982, pág. 1021.

La conclusión a la que puede llegarse, tras descartar que se identifique el orden público con los principios generales del Derecho³⁸⁸, es que “*se basa en normas extra positivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el buen sentido de lo justo o de lo moral*”³⁸⁹. De ahí que su eficacia sea negativa, encomendándose a los órganos del Estado, sean administrativos o judiciales, la obligación de declarar nulos ciertos convenios con un propósito, objeto o causa ilícita³⁹⁰.

Precisamente en esta dirección se han dictado recientemente pronunciamientos tanto por la doctrina administrativa como por la Jurisprudencia, suministrando ejemplos claros de lo que constituye el orden público.

³⁸⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, nº 4, 1982, pág. 1034. En efecto, según el autor “*parece más prudente y adecuado a la realidad, entender que la referencia a las normas extrapositivas que encarna el orden público no se refieren a los llamados principios generales del derecho (art. 1.4 Cc), que son verdaderas fuentes independientes del Derecho, sino y especialmente en Derecho interno, a los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, sea para atribuir primacía a una norma respecto de otra, sea de los que inspiran el sentido cambiante de cada institución dentro del movimiento de ideas rectoras del sistema jurídico. Estas ideas (las de lo justo, las de las buenas costumbres), son las que orientan la interpretación de las normas y las que funcionan como de orden público, cuando actúan de modo negativo, rechazando apoyo jurídico a un resultado que repugnaría al buen sentido de lo equitativo y decente*”.

³⁸⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, nº 4, 1982, pág. 1049.

³⁹⁰ Un ejemplo nos lo brinda la sentencia nº 350/2015 de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de diciembre de 2015 (ID CENDOJ 28079370282015100286). El objeto del litigio consistía en una reclamación por daños y perjuicios que interpone una sociedad contra un antiguo socio que había transmitido sus participaciones sociales y en cuyo contrato se había incluido un pacto de no competencia por diez años, pactándose que la contraprestación por dicho pacto lo abonaba la propia sociedad. El socio que transmite las participaciones constituye una sociedad poco después con un objeto similar –aunque no análogo– y comienza a desplegar sus actividades a los cuatro años de la venta. La sentencia de la Audiencia Provincial analiza la posible nulidad del pacto de no competencia, opuesta por el comprador como excepción, dada su duración de diez años. Tras analizar la normativa sobre defensa de la competencia y admitir la posibilidad de este tipo de pactos, acomete el estudio de la duración, haciendo referencia otras sentencias previas del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Barcelona. Finalmente, acude a la normativa que regula este tipo de pactos en el contrato de agencia (art. 20 de la ley reguladora) y en el contrato de trabajo (art. 21 del Estatuto de los Trabajadores), que limitan su duración a dos años. En aplicación de todo ello, concluye que “*impedir al demandado desplegar su actividad profesional, por sí mismo o a través de una sociedad, por el plazo de 10 años que contempla el contrato, implicaría una inadmisibles restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el artículo 35 de la Constitución, del que es reflejo el artículo 4.1 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que dicho pacto vulnera el orden público, determinando la nulidad de la cláusula, al menos, en lo que excediera de dos años (artículo 1255 del Código Civil en relación con el límite establecido en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores), lo que conduce a la desestimación de la demanda al no constar que la sociedad constituida por el demandado comenzara su actividad antes de expirar el mencionado plazo*”.

Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado resolución de 20 de julio de 2016³⁹¹, referida al concepto de orden público establecido en el art. 12.3 del Código Civil, como límite al reconocimiento de efectos internos a actos jurídicos amparados en la legislación extranjera.

La resolución confirma la negativa del registrador de la propiedad a inscribir una escritura de adjudicación de herencia otorgada por dos hermanos iraníes – hombre y mujer- que, siguiendo su ley nacional, adjudican a la hermana la mitad del haber hereditario que al hermano, por entender que la normativa nacional del causante vulnera el orden público español. La Dirección General considera que la norma iraní *es incompatible con principios fundamentales o ideas eje que fundamentan el ordenamiento jurídico español* como el principio de no discriminación por razón de sexo³⁹². Es de destacar, además, que la postura de la Dirección General se mantiene a pesar de que la propia interesada-discriminada era la recurrente frente a la calificación negativa del Registrador, resaltando de este modo que el orden público es un claro límite a la autonomía de la voluntad y se encuentra fuera de la posibilidad de pacto al respecto³⁹³.

Por otro lado, debe hacerse referencia a diversas sentencias³⁹⁴ dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que anulan los correspondientes laudos arbitrales objeto de revisión por ser contrarios al orden

³⁹¹ BOE núm. 226, de 19 de septiembre de 2016.

³⁹² La resolución analiza la sucesión de un causante iraní y residente en España que, al morir, deja como herederos abintestato a dos hijos, hombre y mujer, aplicándose por tanto la ley sucesoria iraní. Según el Código Civil de 1928 de este país, cuando el causante no deja padre pero sí uno o más hijos “si hay varios hijos, hijos e hijas, cada hijo tomará el doble de la porción de cada hija”, lo que se justifica en que son los varones quienes han de atender el mantenimiento de la familia del causante. La Dirección General delimita el concepto de orden público como contrario a la admisión de cualquier discriminación contraria a la Constitución y a Convenios internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Incluso analiza, a pesar de no ser aplicable por razón de la fecha, el Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio, que viene a ratificar el concepto de “orden público del Estado miembro del foro” como criterio para rechazar la aplicación de una disposición de ley de cualquier Estado que lo contradiga.

³⁹³ En tal sentido, la resolución establece que “*el hecho de que la recurrente sea la afectada no excluye la aplicación del principio de orden público, sin perjuicio de la posibilidad que tiene de ceder, donar o renunciar a favor del coheredero sus derechos*”.

³⁹⁴ Sentencias núm. 13/2015, de 28 de enero de 2015 (ID CENDOJ 28079310012015100015); núm. 27/2015, de 6 de abril de 2015 (ID CENDOJ 28079310012015100034); y núm. 30/2015 y 31/2015, ambas de 14 de abril de 2015 (ID CENDOJ 28079310012015100035 y 28079310012015100036, respectivamente).

público, en aplicación del art. 41.1.f de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje³⁹⁵.

Tomando como paradigmática de estas resoluciones judiciales la núm. 30/2015, en ella se establece que *“el orden público susceptible de protección ex art. 41.1.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución , como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar "orden público económico", en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección”*.

Añade la sentencia que *“... por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión..”*.

Finalmente, indica la resolución que dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado *“orden público”*, ha de incluirse el *“orden público económico”*, que se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección. Un ejemplo de estas normas imperativas son las que regulan con carácter estructural las libertades propias del Derecho comunitario, como la libre competencia. Y un ejemplo de esos principios básicos que integra el orden público económico *“es el principio general de buena fe en la contratación , expresamente recogido hoy, como se cuida de señalar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The*

³⁹⁵ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), que dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Principio de buena fe cuya observancia es especialmente inexcusable cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes".

La conclusión a la que llega la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es que los laudos no son acordes con el orden público porque no se adecuan a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de Pleno de su Sala Primera, de fecha 20 de enero de 2014 que delimita el alcance del principio general de buena fe en la contratación de productos financieros complejos. Aunque no es el presente trabajo el lugar adecuado para valorar si es o no ajustada a Derecho la decisión de anulación de los laudos³⁹⁶, sí debemos destacar la ampliación del concepto de orden público que supone y la correlación que se establece entre dicho concepto y el de buena fe.

El tercero de los límites establecidos en el art. 1255 del Código Civil es, precisamente, la moral, concepto este que no es definido en el Código Civil, pero que

³⁹⁶ En el fondo, lo que late en esta doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es el hecho de que casos prácticamente idénticos a los que son objeto de los laudos arbitrales sean resueltos a diario por los Tribunales, en su inmensa mayoría, a favor de los clientes, mientras que los laudos arbitrales son favorables a las entidades financieras. Máxime teniendo en cuenta que el pacto arbitral se contiene en contratos de adhesión en los que la contraparte no puede oponer la protección de consumidor por tratarse de sociedades mercantiles, aunque sí reúnan la condición de cliente minorista a efectos de la regulación del mercado de valores. En tal sentido, PELAYO, R.C., "El concepto de orden público y la anulación de laudos arbitrales", *Diario La Ley*, núm. 8568, 24 de junio de 2015, quien concluye que la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid "considera, acertadamente, que forman parte del orden público unas normas europeas y nacionales, promulgadas para la protección de los minoristas en el mercado financiero sin las cuales, el principio de buena fe contractual habría desaparecido del mismo y parece obligado afirmar, por tanto, que la infracción de estos preceptos hace que estos laudos resulten contrarios a dicho orden público y, consecuentemente, deban ser anulados". Por el contrario, aparte los citados por el propio artículo de PELAYO, otros autores consideran esta doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid una clara extralimitación del concepto de orden público, por hacerlo coincidir con normas imperativas y con el riesgo de que se convierta en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los árbitros. En tal sentido, VÉLEZ FRAGA, M., GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, L., "La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 43, 2016, págs. 85-89.

puede identificarse con el conjunto de las convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico³⁹⁷.

Debe tenerse en cuenta que el concepto de moral como límite a la autonomía de la voluntad se introduce en el Código Civil, a pesar de que no aparecía ni en el proyecto de Código de 1851 ni en el Código Civil francés. Ambos textos hacían referencia en su lugar a las buenas costumbres, concepto éste que sí aparece en otros preceptos del Código de 1889, como el 1271 o el 1116. Sin embargo, la doctrina equipara ambos conceptos³⁹⁸, de tal modo que puede concluirse que será inmoral el contrato, cláusula o pacto con el que se pretenda conseguir un resultado práctico o una función económico-social que la conciencia social rechaza en un momento histórico determinado³⁹⁹.

Un ejemplo de utilización del concepto de moral en una resolución judicial puede encontrarse en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1993⁴⁰⁰. La moral se utiliza en esta resolución por el Tribunal Supremo como *“concepto más amplio que el jurídico de ilicitud, ha de relacionarse con conductas y disposiciones humanas que frontalmente se oponen a los sentimientos medios de ética, probidad, recato, buenas costumbres o ciudadanía rectamente entendida y ordenadamente practicada que son prevalentes en una comunidad*

³⁹⁷ ATAZ LÓPEZ, J., SALELLES CLIMENT, J.R., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, Tomo I*, Valencia, 2013, pág. 156. En sentido similar, REVERTE NAVARRO, A., “Comentario al art. 1255”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 256, que considera el concepto de moral como *“las reglas según las cuales se juzgan las conductas y los comportamientos contractuales de una comunidad en un momento y lugar determinado; la valoración (positiva o negativamente) que se hace por la comunidad de acuerdo con sus creencias, principios e ideas”*.

³⁹⁸ DE CASTRO BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Reimpresión, 1971, pág. 246, considera que *“el Código no concede mayor influencia a los dictados de la Moral que el Derecho anterior; más bien la reduce a favor de la seguridad comercial, por ejemplo, al derogar la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio. Ha de pensarse que fue por razones de estilo por lo que se prefirió el término “moral”; pero sin cambiar con ello el sentido propio de las disposiciones que les sirvieron de antecedentes, o sea, el de “buenas costumbres”, empleado repetidamente en otros artículos del Código (arts. 11, 792, 1116, 1271, 1316). Las buenas costumbres hacen referencia a la moral y, a la vez, a la consideración social, según aquella, de las conductas. Se trata de la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas. De aquí que el estigma de causa opuesta a la moral, o de contraria a las buenas costumbres, será merecido cuando, por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico”*.

³⁹⁹ REVERTE NAVARRO, A., “Comentario al art. 1255”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 257.

⁴⁰⁰ RAJ 1993/3724.

*normal y concertada de personas que convergen sus vidas individuales en el común social y, tanto entendiendo la moralidad en su aspecto formal, es decir, al considerar la afectación del acto a los sujetos, como en el material, en razón al objeto mismo sobre el que versan los actos”*⁴⁰¹.

Analizados los conceptos de orden público y moral, no es de extrañar que la doctrina los haya asimilado. El orden público está en estrecha e indisoluble conexión con las buenas costumbres, de tal manera que se hace difícil distinguir ambas figuras, pues ambos conceptos jurídicos indeterminados tienen la misma finalidad, que es la de otorgar al juez un papel de protagonista, el de concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbres y de lo justo, que vienen a limitar o moderar la libertad de los contratantes⁴⁰².

Esta misma asimilación entre moral y orden público se ha utilizado recientemente por el Tribunal Supremo en sentencia núm. 530/2016, de 16 de septiembre de 2016⁴⁰³, que resuelve sobre una cláusula penal establecida en un contrato de compraventa para el caso de retraso en la entrega de la finca transmitida⁴⁰⁴. Tras admitir la validez de las cláusulas penales con funciones

⁴⁰¹ El litigio versa sobre la extinción de un contrato de arrendamiento de local por el desarrollo en el mismo de actividades inmorales, de conformidad con el art. 114.8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. La sentencia desestima el recurso de casación al haberse acreditado el destino del local a actividades inmorales, a pesar de que, como afirma la resolución, el recurrente “*intenta sanear el ejercicio de la prostitución que se desarrolla en los locales arrendados con una versión literaria, al tratarse sólo de «esparcimientos lúdico-sexuales», que, en realidad, es lo mismo, es decir, tráfico carnal mediante precio*”.

⁴⁰² DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, nº 4, 1982, pág. 1049-1050.

⁴⁰³ ID CENDOJ: 28079119912016100022.

⁴⁰⁴ Los hechos que fundamentan el recurso son los siguientes: en julio de 2004 se pacta un contrato privado de compraventa de una finca por precio de 180.000 euros abonándose una parte, fijando dos plazos más y haciendo coincidir el segundo y último de ellos con el otorgamiento de la escritura pública de venta y entrega de la posesión. Se pacta una cláusula penal de 250 euros por cada día retraso en la entrega de la vivienda. Cuando llega el momento del otorgamiento de la escritura, la vendedora no comparece y, tras el oportuno requerimiento notarial por la compradora, contesta en el sentido de no hacerlo por ser su voluntad la rescisión de la compraventa al haberse fijado un precio muy inferior al real, adjuntando ofertas de compra por importe superiores a los 400.000 euros. Ante esta situación, la compradora insta el cumplimiento y recae sentencia condenatoria, por lo que finalmente se otorga la escritura de venta en julio de 2008. En la escritura de compraventa nada se indica sobre la cláusula penal y no se compensa su importe —que ya en aquel momento lo superaba— con el resto de precio pendiente de pago. En diciembre de 2010 se interpone demanda por la compradora reclamando 110.500 euros, correspondientes al importe devengado en aplicación de la cláusula penal por el retraso en la entrega. La vendedora-demandada, que según parece tenía una incapacidad psíquico-física del 35% consistente en un trastorno psicológico de la personalidad de etiología idiopática, fue emplazada pero se negó a recoger la documentación por lo que fue declarada en rebeldía, aunque acudió, ya representada, a la audiencia previa del juicio. El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda, si bien la Sentencia de la

sancionadoras o punitivas, añade que, sin embargo, este tipo de cláusulas “*está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 CC establece: pueden considerarse **contrarias a la moral o al orden público** las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las cláusulas penales «opresivas», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (Rec. 1440/2010)], o las «usurarias», aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible **no encuentre justificación aceptable** en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede no tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas*”⁴⁰⁵.

Puede observarse en esta sentencia esa aproximación entre ambos conceptos, moral y orden público, que sirven de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia⁴⁰⁶. Ambos instrumentos se ponen en manos del juez para que pueda dictar una sentencia justa, incluso en contra de lo libremente pactado por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad⁴⁰⁷, que de este modo

Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y redujo drásticamente el importe a satisfacer ante lo desproporcionado del resultado de la aplicación de la cláusula penal y la inexistencia de prueba sobre verdadero perjuicio sufrido por la compradora (se redujo al 20% de lo reclamado). Frente a dicha sentencia, la vendedora se aquietó y fue la compradora quien interpuso recurso de casación.

⁴⁰⁵ La letra negrita es nuestra.

⁴⁰⁶ AMORÓS GUARDIOLA, M., “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 36, 1983, nº 4, pág. 1140.

⁴⁰⁷ En palabras de AMORÓS GUARDIOLA, M., “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 36, 1983, nº 4, pág. 1138, “*el juez ha de dictar una sentencia justa y no puede convertirse en cómplice o colaborador de los empresarios que abusan de su prepotencia social o económica. La autonomía de la voluntad y la libertad contractual pierden su sentido cuando se convierten en instrumento para la prevalencia de los fuertes sobre los débiles*”.

queda claramente limitada. Esta especie de delegación de los límites a la autonomía de la voluntad en manos del juez también genera incertidumbres, pues puede llevar a supuestos de utilización de estos conceptos indeterminados para imponer soluciones no previstas en el ordenamiento jurídico y que conviertan el arbitrio judicial en arbitrariedad⁴⁰⁸.

II.2.2.2. Los límites de la autonomía contractual mercantil en el ámbito de los contratos con consumidores y usuarios.

Además de los límites a la autonomía de la voluntad establecidos en la redacción inicial del propio Código Civil, en los últimos tiempos y bajo la cobertura del denominado *Derecho del Consumo*, se han introducido nuevas limitaciones que, en la práctica, han dejado muy reducido el ámbito del libre pacto entre las partes.

En efecto, ya nos hemos referido al hecho de que la sociedad de consumo y la extensión de la contratación en masa, han dado lugar a unas normas protectoras de la parte más débil en la relación contractual, alcanzando rango constitucional en el art. 51 de la Norma Suprema, dentro del capítulo dedicado a los principios rectores de la política económica y social⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Es cada vez más frecuente leer, en especial en periódicos o en blogs, críticas de juristas en general – tanto abogados, como académicos– al sistema judicial por caer en una especie de *populismo* o *activismo* judicial, precisamente para dictar soluciones que pretenden ser justas aunque ello implique el menoscabo de la seguridad jurídica. Dos ejemplos claros de esta tendencia judicial pueden verse en relación con la actividad de las entidades financieras y en materia de competencia, en este último caso al ser objeto de revisión judicial las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Al respecto puede consultarse CONTHE GUTIERREZ, M., “Las sentencias del Supremo sobre Bankia”, *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 66, 2016, pág. 8-13; CONTHE GUTIERREZ, M., “Swaps de intereses: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de Enero de 2015”, *Diario La Ley*, núm. 8515, 9 de abril de 2015; MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Alarma por el activismo judicial”, *Revista Alternativas Económicas*, nº 39, septiembre 2016, versión electrónica. Especialmente crítico es BERNALDO DE QUIRÓS, L., “Las cláusulas suelo y el populismo judicial”, *Diario El Mundo*, 22 de enero de 2017, quien, refiriéndose a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, considera que “no se ciñó a su misión, aplicar la ley. Se inventó un argumento no contemplado por el Legislador para considerar ilegales las cláusulas suelo: la omisión en los préstamos hipotecarios de cuál será el comportamiento de las tasas de interés. Haciendo abstracción de la ignorancia implícita a esa tesis, esta suplantación e invasión judicial de funciones legislativas refleja un nulo respeto del Supremo al Estado de Derecho y a uno de sus fundamentos básicos: la división de poderes. Por añadidura, muestra un desconocimiento supino de la realidad del mercado hipotecario español y del funcionamiento de una economía de mercado. El populismo se extiende al poder judicial, un horror”.

⁴⁰⁹ Es importante destacar la opción del constituyente español, para el que la protección al consumidor no se incluye entre los denominados derechos fundamentales, cuyo concepto viene a coincidir aproximadamente con el de “derechos humanos”. No sigue así la tendencia propugnada por algún sector

La protección del consumidor, al ser considerada como tal principio rector, ha de ser asumida por los poderes públicos, que vienen obligados a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante la protección de sus intereses y fomento de sus organizaciones. Además, como destaca la doctrina⁴¹⁰, esta dimensión constitucional presenta unas consecuencias prácticas evidentes pues cualquier disposición que afecte a los consumidores ha de interpretarse en la forma que les resulte más favorable. En definitiva, y tal y como establece la propia Constitución en su art. 53 y recoge el Tribunal constitucional en su doctrina jurisprudencial⁴¹¹, el reconocimiento, el respeto y la protección del principio general de defensa de los consumidores, han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos⁴¹².

de la doctrina en otros ordenamientos, como el argentino. Así, TAMBUSSI, C.E., “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, *Lex*, nº 13, 2014, págs. 96, considera que “*los derechos humanos y el derecho del consumo forman parte de un mismo sistema y son interdependientes, compartiendo un común fundamento (la dignidad humana) y caracteres esenciales. Los derechos humanos y los derechos de consumidores son consecuencia de la entrada del hombre en sociedad y están en continuo proceso de creación enriqueciéndose con los cambios históricos y dependiendo al mismo tiempo de ellos (...). Del mismo modo que los demás derechos humanos, los derechos del consumidor son una formulación ética fundamental y no pueden ser infringidos justificadamente y tienen que ser satisfechos sin ninguna excepción. Los derechos de consumidores y usuarios se adquieren por ser persona, sin la necesidad de concurrencia de ninguna otra circunstancia. Pueden tener dimensión económica, pero, como los demás derechos humanos, no pueden ser reducidos a una mera valoración desde esa óptica. Los valores y derechos protegidos en la relación de consumo son irrenunciables, ya que pertenecen a la persona humana al margen de su consentimiento y le son atribuidos de forma ineludible. El Estado reconoce, respeta y garantiza el respeto a los mismos a partir de su poder normativo de orden público*”.

⁴¹⁰ ATAZ LÓPEZ, J., SALELLES CLIMENT, J.R., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos*, Tomo I, Valencia, 2013, pág. 265.

⁴¹¹ La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 15/1989, de 26 de enero de 1989 (BOE núm. 43, de 20 de febrero de 1989), al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diversas comunidades autónomas contra la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se pronuncia en tal sentido. Al analizar la impugnación del art. 1 de la norma, que delimita su ámbito de aplicación, establece que “*añade el precepto impugnado que la defensa de los consumidores y usuarios tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico, lo cual, aun cuando pueda tacharse de superfluo o innecesario, en realidad no incorpora, ni produce, redefinición alguna de los supuestos a los que es aplicable el art. 53.3 C.E. Al establecer que la defensa de los consumidores y usuarios se configura como principio general informador del ordenamiento jurídico, no está, en efecto, sino reiterando, en otros términos, que esa defensa, constitucionalmente garantizada (art. 51.1 C.E.), «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3 C.E.), por lo que ninguna inconstitucionalidad por incompetencia cabe apreciar. Cuestión bien distinta es la relativa al ámbito de aplicación de la disposición examinada, ya que en aquellas Comunidades Autónomas que, como sucede con las ahora impugnantes, hubieren asumido como competencia «exclusiva» la defensa del consumidor y del usuario, carecerá de eficacia directa, lo cual hubiera debido ya precisar el propio Legislador estatal*”.

⁴¹² Teniendo en cuenta que de acuerdo con el art. 53.3 de la Constitución, los derechos incluidos en el Título III “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, se ha planteado si la protección del consumidor constituye un auténtico principio general del Derecho. Aunque algunos autores lo niegan, defiende tal consideración LASARTE ÁLVAREZ, C., “La protección

Esta protección constitucional es explicitada en la ley de desarrollo del art. 51, la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (en su versión vigente, el TRLCU de 2007), que establece en su art. 8 lo que considera como derechos básicos del consumidor: la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad; la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales y en particular frente a prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en sus contratos; la indemnización de daños y la reparación de los perjuicios sufridos; la información correcta sobre bienes y servicios así como la educación para facilitar el conocimiento sobre el uso, consumo o disfrute de los mismos; la participación mediante asociaciones de consumidores y usuarios, así como la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces.

Estos objetivos constitucionales y su especificación legal sólo pueden conseguirse mediante la imperatividad de las normas que reconocen los derechos de consumidores y usuarios y la irrenunciabilidad a los derechos que conceden, lo cual supone una evidente limitación a la autonomía de la voluntad.

Con arreglo a este enfoque, nuestro sistema contractual, que giraba en torno al consentimiento y a la libre formación de la voluntad, ante las nuevas tendencias del consumo y la contratación en masa, deviene insuficiente para la protección de la parte más débil de las relaciones jurídicas⁴¹³. De ahí que el ordenamiento introduzca normas obligatorias que imponen deberes formales a los contratos y obligaciones de

del consumidor como principio general del Derecho”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2 (Coord. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.), Murcia, 2004, pág. 2623, quien considera que “*el sistema económico diseñado por la Constitución, sin duda alguna asentado en la iniciativa económica privada, no empece ni dificulta la consideración que merezca la protección de los consumidores y usuarios, que para nuestro sistema es también un principio general del Derecho, en terminología tradicional, o un principio general informador del ordenamiento jurídico, en expresión textual de la Ley de Consumidores y Usuarios*”.

⁴¹³ Según MORENO QUESADA, “La protección del consentimiento contractual hoy”, *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coord. LLAMAS POMBO, E.), Tomo II, Madrid, 2006, págs. 452-453, han sobrevenido circunstancias que, al cambiar el modo de contratar, inciden en la materia, afectando de modo negativo a los mecanismos de protección establecidos en el Código Civil. Junto a la introducción de los contratos celebrados con condiciones generales, se ha mostrado una clara insuficiencia en la regulación del Código Civil de protección del consentimiento. Esta insuficiencia se pone de manifiesto en diversos ámbitos, en primer lugar el cuantitativo al limitarse exclusivamente la protección a los cuatro vicios del consentimiento previstos en el Código; además, hay una insuficiencia cualitativa, pues la regulación de los vicios del consentimiento no es exhaustiva sino que ha de integrarse con la doctrina del Tribunal Supremo. Además, los conceptos sobre los que se asienta la regulación –como la buena fe o el abuso de derecho– son excesivamente generalistas y, finalmente, el sistema es rígido en cuanto al único remedio que se instaure, la nulidad del contrato, que a veces puede resultar aún más perjudicial para quien sufre el vicio.

información previa a cargo del empresario, así como, finalmente, se concedan derechos al consumidor para desligarse del contrato sin sufrir ningún perjuicio⁴¹⁴.

Para la doctrina, el Derecho del Consumo, y especialmente las Directivas comunitarias dictadas en su desarrollo, han gestado una regulación que impone una *contratación pautada*, en la que la estandarización y los protocolos actúan como prevención legal que impone una serie de obligaciones que recaen sobre la perfección contractual o conjunción de voluntades sobre un objeto y causa⁴¹⁵. Con estas pautas se trata de igualar posiciones entre sujetos desiguales, pues el trato homogéneo del Derecho Civil general perjudica al menos informado.

La principal fuente de este tipo de limitaciones que se introducen en los contratos para proteger a los consumidores tiene su origen en el Derecho Comunitario, pudiendo destacarse las siguientes Directivas:

1.- La Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 de Septiembre de 1984, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 con la finalidad de incluir la regulación sobre la publicidad comparativa⁴¹⁶.

2.- La Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁴¹⁴ LLÁCER MATA CÁS, M. R., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho del Consumo: información y documentación”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coord. LLAMAS POMBO, E.), Tomo II, Madrid, 2006, págs. 152. Según la autora, “la posición del consumidor se garantiza a través de la obligación de informar, de una revitalización del formalismo y de la concesión de facultades unilaterales de impugnación (desistimiento)”.

⁴¹⁵ LLÁCER MATA CÁS, M. R., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho del Consumo: información y documentación”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coord. LLAMAS POMBO, E.), Tomo II, Madrid, 2006, págs. 150-151. Según la autora, se construye un sistema pautado, que viene conformado por un conjunto de obligaciones tales como la necesaria información previa del profesional al consumidor, la exigencia de un contenido mínimo del contrato y la imposición de deberes formales consistentes precisamente en la necesidad documentar el contrato por escrito.

⁴¹⁶ DOUE núm. 290, de 23 de octubre de 1997.

3.- La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁴¹⁷.

4.- La Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

5.- La Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

6.- La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

7.- La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre privacidad y comunicaciones electrónicas)⁴¹⁸.

8.- La Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

9.- La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

Todas estas Directivas, que han sido traspuestas al ordenamiento nacional, introducen normas de obligado cumplimiento a las que ni siquiera cabe la renuncia del consumidor, afectan en gran medida a los pactos establecidos entre las partes y, por tanto, constituyen importantes limitaciones para el principio de autonomía de la voluntad. Como expondremos en apartados posteriores de este trabajo, la normativa en materia de comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores es un claro ejemplo de esta tendencia legal.

⁴¹⁷ DOCE núm. L. 281, de 23 de noviembre de 1995.

⁴¹⁸ DOCE núm. L. 201, de 31 de julio de 2002.

II.2.2.3. La eficacia horizontal de los derechos como límite a la autonomía de la voluntad.

Un último límite a la autonomía de la voluntad sobre el que debemos detenernos, siquiera sea brevemente, consiste en la posibilidad de que alguno de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente pueda a su vez introducir excepciones al principio de libertad contractual.

Los primeros reconocimientos de derechos fundamentales se contienen en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como en la Declaración de derechos de Virginia de 1776, simultánea a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América. En estas Declaraciones, basadas en las teorías filosóficas contractualistas de la sociedad, no se establece que los derechos reconocidos lo sean exclusivamente frente al Estado. Sin embargo, la construcción jurídica de los derechos llevada a cabo durante el siglo XIX por la Escuela del Derecho Público alemán, establecerá una rígida distinción entre el Derecho Privado, apoyado en la autonomía de la voluntad, y el Derecho Público, en el que se desarrolla el concepto de derecho público subjetivo como límite al poder del Estado⁴¹⁹. Esta categoría intentó inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado, como persona jurídica, y los particulares, situándolos en un marco estrictamente positivo, al margen de cualquier contaminación ideológica iusnaturalista⁴²⁰.

De acuerdo con esta configuración de los derechos fundamentales, ninguna eficacia tendrían entre particulares. Sin embargo, en la Alemania de los años 50 del siglo XX surge la teoría de la “*eficacia horizontal del Derecho*” o *Drittwirkung*, para resolver situaciones que los Códigos de derecho privado no resuelven y que obedecen a los nuevos planteamientos propios del marco social y económico surgido tras la Segunda Guerra Mundial. En la nueva sociedad de consumo, las relaciones en el mercado dejan de ser entre iguales, pues una de las partes –el empresario- tiene un poder superior a la otra –el consumidor- lo que hace insuficientes las soluciones

⁴¹⁹ Al respecto, puede consultarse la tesis doctoral *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares* -y la extensa bibliografía allí citada-, de la que es autor Rafael SARAZÁ JIMENA, no publicada, pero accesible en www.dialnet.unirioja.es, págs. 11-20.

⁴²⁰ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, pág. 33.

jurídicas que la autonomía de la voluntad venía aportando. Se plantea, por tanto, en tal momento, si los derechos fundamentales pueden constituir un límite a la autonomía de la voluntad.

En España, la Constitución parece orientarse a favor de la tesis que tan sólo reconoce a los derechos fundamentales eficacia frente al Estado, al establecer en su art. 53 que estos vinculan directamente a todos los poderes públicos. Sin embargo, el art. 9.1 establece, a su vez, que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, lo que origina el debate doctrinal al respecto, pues puede considerarse como punto de partida que el principio de igualdad o no discriminación rige en las relaciones entre particulares, aunque de manera compatible con otros valores o parámetros que tienen su origen en la autonomía de la voluntad, y los ciudadanos ostentan legitimación suficiente para instar su defensa por vulneración de tal principio, ante los Tribunales ordinarios, que vienen constitucionalmente obligados a dársela⁴²¹.

Algún sector de la doctrina⁴²² considera que, en realidad, la cuestión se centra en la necesidad de que el Estado establezca la solución a una colisión entre derechos de los particulares, pues debe decidir entre no intervenir –legitimando, de este modo, el resultado de la actuación libre de los particulares- o intervenir, afectando a esferas individuales protegidas por derechos fundamentales. No sólo ha de determinarse si alguien tiene derecho a que se respete por otro particular su derecho fundamental, sino que es necesario además decidir si tal interés debe prevalecer frente al derecho de los particulares –incluido el del sujeto aparentemente protegido- a que el Estado no interfiera en su actuación individual⁴²³.

⁴²¹ PORFIRIO CARPIO, L.J., *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Madrid, 2002, págs. 89-90.

⁴²² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 46, 1º, 1993, págs. 65-66.

⁴²³ Tal y como indica ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 46, 1º, 1993, pág. 62, “una sociedad libre –y una economía de mercado- tienen como correlato un sistema jurídico-privado basado en que las decisiones individuales no necesitan justificarse (valen porque son queridas, aunque sean absurdas o injustas objetivamente [stat pro ratione, voluntas]). Las personas, en el ejercicio de su autonomía individual, asumen voluntariamente limitaciones a sus derechos en función de otros intereses, y dichas limitaciones no sólo son perfectamente “constitucionales” sino que constituyen manifestaciones evidentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ámbito en el que el Estado no puede interferir injustificadamente (art. 10.1 CE)”.

La doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁴²⁴ plantea cuestiones interesantes que exceden del objeto de este trabajo, como las que surgen en materia de admisión de personas en locales abiertos al público o de requisitos de admisión en asociaciones privadas⁴²⁵. Sin embargo, resulta más interesante para el objeto de nuestro trabajo el análisis de la influencia de los derechos fundamentales sobre la libertad negativa de contratar.

En principio, podría entenderse que los particulares pueden ser arbitrarios y discriminatorios en la selección de sus co-contratantes y en la regulación de sus relaciones con ellos, en virtud de la libertad individual⁴²⁶. No obstante, dicha libertad se encontraría sujeta al control judicial, que aplicaría preceptos como el art. 6.2 –sobre validez de la renuncia a los derechos reconocidos legalmente-, 7.2 –que proscribe el abuso del derecho o su ejercicio antisocial- y 1255 –ya analizado-, todos ellos del Código Civil. De este modo, serán los jueces al interpretar los conceptos de interés público o de orden público, contenidos en dichos preceptos, los que incorporarán en las relaciones entre particulares los valores recogidos en la Constitución⁴²⁷.

Además de la intervención judicial utilizando los referidos límites, es preciso a veces que sea el Legislador quien intervenga, estableciendo normas imperativas, bien porque el particular al contratar en las condiciones que se le ofrecen estaría limitando

⁴²⁴ Puede consultarse al respecto LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Derecho civil constitucional*, Sevilla, 2015. En concreto, el capítulo denominado “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, págs. 109-154, que recoge un estudio publicado en 1996.

⁴²⁵ Una sentencia paradigmática en esta materia es la de la Audiencia Provincial de Sevilla de 31 de agosto de 1992 (AC\1992\1150) que resuelve la petición de un particular a la Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 1992, S.A. de que se le emitiera un pase de temporada en las condiciones ofertadas inicialmente, pero cuya comercialización se había suspendido antes de la petición debido al gran número de los ya expedidos. La resolución tuvo que abordar la vulneración del principio de igualdad alegado por el actor que consideraba infringido con la supresión de la comercialización de los pases de temporada respecto de las personas que lo habían adquirido con anterioridad. Tras reconocer el derecho de igualdad del actor frente a la demandada –en definitiva, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales aunque con el matiz de que la demandada era una sociedad pública y con fines de interés general- acudió al criterio de la motivación para desestimar la demanda, debido a que la decisión de dejar de comercializar los pases no fue arbitraria o irrazonable. Un análisis de la sentencia puede encontrarse en PORFIRIO CARPIO, L.J., *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Madrid, 2002, págs. 90-93.

⁴²⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 46, 1º, 1993, pág. 63.

⁴²⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 46, 1º, 1993, pág. 75.

sus propios derechos fundamentales, bien porque no es admitido a contratar, lo que supone un rechazo a sus derechos.

El dictado de normas imperativas en la regulación establecida por los particulares en el marco de su libertad de contratación, es precisamente una de las técnicas utilizadas en la actualidad, especialmente por la normativa contractual comunitaria, que viene a excepcionar el dogma de la libertad contractual o autonomía de la voluntad. Estas normas imperativas, que limitan la disponibilidad sobre los propios derechos al impedir su renuncia, tienen su fundamento bien en considerar el carácter inalienable de los derechos fundamentales, bien en considerar que la elección del sujeto privado no es realmente libre⁴²⁸.

Por otro lado, el establecimiento de normas que obliguen a la contratación a una de las partes que no quiere contratar en ejercicio de su libertad contractual, sólo será admisible cuando el ejercicio de esa voluntad de no contratar suponga un trato vejatorio para el rechazado. La legitimación, por tanto, de cualquier regulación que establezca una contratación forzosa por el particular ha de venir del art. 10 de la Constitución que establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y, en consecuencia, del sistema jurídico en su totalidad⁴²⁹.

En definitiva, la libertad contractual no es absoluta y admite determinadas regulaciones que se fundamentan en derechos constitucionales de los particulares que se ven mermados ante las circunstancias del mercado, en el que una parte podría imponer

⁴²⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 46, 1º, 1993, pág. 100-101. Cita como ejemplos de las primeras –las que se fundamentan en el carácter inalienable de los derechos fundamentales– las vinculaciones perpetuas o las cláusulas por las que alguien se obliga a contraer matrimonio, contrarias a la libertad de actuación; o alguna, tan habitual en los contratos de arrendamiento, como la que permite al arrendador el acceso a la vivienda alquilada en cualquier momento, lo que supondría la renuncia al derecho a la intimidad. Por lo que respecta a las que presuponen que el sujeto ha decidido realmente sin libertad para ello, incluye los supuestos de adicción, como las prohibiciones a la entrada de determinadas personas en casinos de juego.

⁴²⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 46, 1º, 1993, pág. 106-122, desarrolla ampliamente esta idea. Se trata de determinar cuándo la negativa a contratar causa un daño con relevancia constitucional a otro, es decir, cuándo estamos ante un ejercicio antisocial del derecho proscrito por el art. 7.2 Cc. Una negativa a contratar puede ser válida cuando el rechazado puede obtener el bien o servicio denegado de un competidor. Ahora bien, si la causa del rechazo afecta a su dignidad, el daño sufrido es precisamente la pérdida de su dignidad y ésta es irrecuperable incluso aunque se pueda obtener el servicio o producto de otro prestador. Por tanto sólo son admisibles las obligaciones de contratar que tengan su fundamento en una discriminación contraria a la dignidad del discriminado, como las que tienen su origen en el sexo o la raza.

las condiciones a la otra, rompiendo así el equilibrio y armonía entre las partes que presuponen los Códigos decimonónicos⁴³⁰.

II.2.3. El art. 1256 del Código Civil y la voluntad unilateral como causa de extinción de los contratos.

II.2.3.1. El enigmático art. 1256 del Código civil.

El artículo 1256 del Código Civil, según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, es uno de los preceptos que conforman la autonomía de la voluntad y es abundantemente citado por la jurisprudencia al ser utilizado para fundamentar recursos de casación junto con otros ya analizados. Sin embargo, no es un precepto que haya sido objeto de profuso análisis

⁴³⁰ Un supuesto específico de regulación normativa que afecta a la libertad de contratación viene constituido por la figura, recientemente incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de marzo), del denominado “*préstamo responsable*”. Consiste en la imposición a las entidades de crédito que vayan a conceder una operación de préstamo de una obligación de análisis de la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo. A tal efecto, se establece la obligación de establecer procedimientos internos para tal evaluación que han de ser aprobados por el órgano de administración de la entidad conforme a los principios y criterios incluidos en el Anejo 6 de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Esta evaluación de la solvencia a efectuar por la entidad de crédito se regula “*sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes*” (art. 18.6 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Es evidente, a nuestro juicio, que no estamos ante una obligación de contratar impuesta a la entidad de crédito pero sí ante una modulación de la libertad de contratación, pues podría entenderse que sólo es posible rechazar una operación de préstamo cuando el resultado de los procedimientos de evaluación determinen la incapacidad del cliente de cumplir con las obligaciones del mismo.

Aún más incisiva en este punto es la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, de la Junta de Andalucía (BOE núm. 157, de 30 de junio de 2016), cuyo art. 13 regula extensamente la evaluación de la solvencia. El apartado 7 del precepto establece que una vez evaluada la solvencia, deberá informarse al cliente de su resultado, de forma gratuita y por escrito, en un plazo de 5 días hábiles desde que tenga conocimiento del resultado, advirtiéndoles, *motivadamente*, de las razones para conceder o no el préstamo hipotecario con las condiciones analizadas, y acompañando una copia del resultado del estudio donde se identifiquen las fuentes y los criterios aplicados en su análisis. No se establece expresamente, pero parece desprenderse de esta regulación que en caso de que el resultado de la evaluación sea positivo, la entidad de crédito no tendrá más opción que conceder el préstamo solicitado, quedando de este modo la libertad de contratar si no excluida, sí al menos muy limitada.

doctrinal⁴³¹, quizá porque su existencia puede ser considerada como superflua. En efecto, parece evidente que la validez de un contrato dependerá del cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto⁴³² y no de la voluntad de las partes; por otro lado, también parece obvio que el cumplimiento es algo que viene impuesto desde el propio momento de la contratación⁴³³, sin que sea preciso aclarar que la parte obligada no puede decidir unilateralmente si cumplir o no con lo que es debido, ni tampoco la manera de cumplir la prestación.

Adicionalmente a estas consideraciones, debe tenerse en cuenta que existe otro precepto en el Código Civil, el art. 1115, cuya redacción y sentido presentan muchas similitudes con el que comentamos. En efecto, el art. 1115, inserto en el conjunto de normas destinadas a regular los distintos tipos de obligaciones y, en concreto, las puras frente a las condicionales⁴³⁴, declara la nulidad de aquellas obligaciones sujetas a condición en las que el cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del deudor. La doctrina coincide en que los antecedentes de ambos preceptos son los mismos, así como

⁴³¹ Según QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al art. 1256”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 297, “la doctrina parece ignorar la existencia de este precepto. Son pocas, en muchos casos ninguna, las referencias que al mismo se hacen en las obras generales sobre Derecho Civil”.

⁴³² Para QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al art. 1256”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 306, los requisitos de validez del contrato son los establecidos en el art. 1261 del Código, es decir, consentimiento de las partes, objeto cierto y causa de la obligación que se establezca. Resulta evidente que las partes no pueden modificar lo que es el consentimiento (que viene establecido en el art. 1262 Cc, confluencia de oferta y aceptación), el objeto (que viene determinado por los requisitos de los arts. 1271 y ss, especialmente en cuanto a su carácter posible, determinado y dentro del comercio de los hombres) o la causa (que no puede ser más que alguna de las especificadas en el art. 1274).

⁴³³ Como indica QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al art. 1256”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 309, debe tenerse en cuenta en primer lugar que lo que se cumplen son las obligaciones que dimanen de los contratos y no los contratos mismos. Por otro lado, el cumplimiento, que sólo compete al deudor de la prestación, viene determinado en otros preceptos que establecen el pago como causa de extinción de las obligaciones (art. 1156 Cc) y determinan la forma en que ha de hacerse para que el deudor quede liberado (art. 1166 y 1167 del mismo texto legal).

⁴³⁴ Sección Primera (De las obligaciones puras y de las condicionales) del Capítulo III (De las diversas especies de obligaciones) del Título Primero (De las obligaciones) del Libro Cuarto del Código Civil (De las obligaciones y contratos).

en que tales antecedentes no nos brindan ninguna aclaración para entender la finalidad del art. 1256⁴³⁵.

La doctrina, sin embargo, trata de profundizar en sus semejanzas y diferencias, llegándose a afirmar que el art. 1256 del Código Civil enuncia una norma general mientras que el art. 1115 sería una especialidad de la misma⁴³⁶, al igual que el art. 1449 del mismo texto legal, al determinar que el señalamiento del precio en la compraventa no podrá dejarse al arbitrio de uno los contratantes⁴³⁷.

Abundando en el sentido del precepto, la doctrina⁴³⁸ analiza, en primer lugar, por qué sólo se hace referencia en el mismo a la validez y el cumplimiento del contrato, dejando a un lado otras cuestiones también relevantes, como pueden ser su eficacia, su interpretación o incluso la extinción de los contratos⁴³⁹. La razón parece estar en que el redactor del Código considera en este precepto los aspectos más importantes del contrato, los que le dotan de validez y, por tanto, de existencia.

De ahí que cuando el precepto se refiere a la validez de los contratos, haya de entenderse que se está refiriendo a la determinación o concurrencia de los requisitos de

⁴³⁵ Se cita como antecedente romano los pasajes del Digesto 45, 1, 7, según el cual no es válida la condición dejada al arbitrio del deudor que promete (*“stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione”*) y 45, 1, 108, según el cual no puede existir promesa cuya validez dependa de la voluntad del que promete (*“nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit”*). Igualmente, se cita como antecedente directo el art. 1174 del Código Civil francés, que a su vez tiene como origen un texto de Pothier. Según el Código de Napoleón, toda obligación será nula cuando hubiera sido contraída bajo una condición potestativa por parte de quien se obligue.

⁴³⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, R., “Comentario al art. 1115”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II (Dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.), pág. 79, que, al analizar la condición puramente potestativa atribuida al deudor, entiende que *“al afectar al consentimiento (si quiero, si me agrada), hace nula la obligación que de ella depende, de acuerdo con el primer inciso del art. 1115, que es una aplicación particular del precepto general contenido en el art. 1256, según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes”*. En sentido similar se pronuncia CLEMENTE MEORO, M., Comentario al art. 1115, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 203, al considerar que el art. 1256 Cc se pronuncia en términos más amplios que el art. 1115.

⁴³⁷ OLIVA BLAZQUEZ, F., Comentario al art. 1256, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 606.

⁴³⁸ En este sentido, QUINONERO CERVANTES, E., “Comentario al art. 1256”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 305 y ss.

⁴³⁹ Sobre la no inclusión de la extinción de los contratos en el precepto, llama la atención RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 290.

validez. Es el régimen legal de la validez lo que no puede quedar al arbitrio de los contratantes, pues si uno de ellos pudiera determinar a su arbitrio lo que es el consentimiento, el objeto o la causa del contrato, en realidad éste no existiría como tal⁴⁴⁰.

Por lo que se refiere a la referencia del precepto al cumplimiento de los contratos, aún más evidente resulta lo superfluo del mismo, puesto que en realidad lo que se cumple o no son las prestaciones en las que consisten las obligaciones (una de cuyas fuentes es el contrato) y sólo pueden ser cumplidas por el deudor (no por cualquiera de las partes). Además, la doctrina insiste en que esta prohibición de arbitrariedad o discrecionalidad unilateral en el cumplimiento del contrato no es más que una prolongación o una especificación del principio general según el cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, contenido en el art. 1091 del Código⁴⁴¹.

En definitiva, puede concluirse que *“cada cual es libre de obligarse frente a otro, pero una vez que, en uso de semejante libertad, ha quedado alguien obligado a observar una determinada conducta o a entregar alguna cosa, queda sometido imperiosamente a la necesidad de comportarse en consonancia con lo estipulado. Ha nacido para el obligado una norma individual que, con igual rigor que la norma general, es por completo independiente una vez perfeccionada, de las voluntades que le han dado nacimiento”*⁴⁴².

En este contexto, parece evidente que ante el incumplimiento de uno de los contratantes, la contraparte puede instar la extinción del contrato por medio de la resolución (art. 1124 Cc), pero ¿sería admisible que uno de los contratantes pudiera extinguir el contrato, separarse del mismo, por la simple voluntad unilateral, sin necesidad de alegar causa alguna y sin tener que indemnizar a la otra parte por ello? En

⁴⁴⁰ En palabras de Díez Pícazo y Ponce de León, L., “Comentario al art. 1256”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II (Dir. Paz-Ares Rodríguez, C.), Madrid, 1983, págs. 433, “referido a la validez en sentido estricto, el precepto prohíbe que se remita a la voluntad de una de las partes una modificación del régimen legal de la nulidad y en general de la ineficacia contractual”.

⁴⁴¹ Oliva Blazquez, F., Comentario al art. 1256, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuestá Fernández, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 605.

⁴⁴² Rodríguez Marín, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 284.

definitiva, ¿es admisible el desistimiento unilateral de un contrato o es contrario a la prohibición contenida en el art. 1256 del Código Civil?

No existe ningún precepto en nuestro ordenamiento jurídico que permita esta posibilidad con carácter general, si bien ha sido admitido por el Tribunal Supremo al declarar que desistir de una relación jurídica no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de una de las partes, sino tan sólo autorizarle para poner fin a una situación jurídica⁴⁴³.

Existen argumentos doctrinales, por otro lado, que propugnan la misma solución de permitir la inclusión de pactos en el propio contrato que permitan la extinción del mismo por voluntad unilateral de una sola de las partes. Así, la doctrina interpreta el art. 1256 Cc, cuando se refiere al cumplimiento de los contratos, uniéndolo al concepto de pago establecido como modo de extinción de las obligaciones en el art. 1156 del Código, que equipara ambos conceptos⁴⁴⁴. Y entendiéndolo, además, en sentido amplio, como comportamiento del deudor que se ajusta al programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria⁴⁴⁵. Sólo entendiendo el cumplimiento con este concepto amplio tiene sentido la prohibición del precepto extendida a uno cualquiera de los contratantes y no sólo al deudor, como sería lo coherente en caso de una interpretación más estricta⁴⁴⁶.

⁴⁴³ La sentencia más reciente al respecto es la de 15 de junio de 2016 (RJ\2016\3877), a la que más adelante haremos referencia, pero cuya conclusión podemos adelantar en este momento: “*Cabalmente por ello, las Sentencias de esta Sala 1222/1995, de 9 de enero (Rec. 2800/1991), 1259/2007, de 30 de noviembre (Rec. 4502/2000), 85/2010, de 19 de febrero (Rec. 2129/2005) y 217/2011, de 31 de marzo (Rec. 807/2007) han declarado que no cabe dar al artículo 1256 CC el significado de prohibir la inclusión en el contrato mismo de un pacto que otorgue a uno de los contratantes un derecho potestativo de desistimiento o denuncia unilateral*”.

⁴⁴⁴ QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al art. 1256”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 309.

⁴⁴⁵ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Teoría General del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular.*, 4ª Ed. Madrid, 1983, pág. 236.

⁴⁴⁶ La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1980 (RJ\1980\174) se refiere precisamente a un procedimiento en el que se debate sobre la posibilidad de que el cumplimiento de la obligación quede al arbitrio del acreedor. Se trataba de un contrato que establecía un plazo para el pago de determinadas cantidades y que venía avalado por otras personas. Llegado el plazo, se prorroga su duración en un nuevo documento en el que no concurre la firma de los fiadores, aunque estos sí estampaban su aval en determinadas letras de cambio reflejadas en el propio contrato. Al respecto, establece el Tribunal que “*el art. 1851 del Código Civil, siguiendo con fidelidad literal el precedente del art. 1765 del Proyecto de 1851, dispone que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin consentimiento del fiador*

Con esta concepción del precepto, resulta plenamente admisible la existencia de supuestos en los que una de las partes pueda desligarse del contrato y dar por extinguido el mismo a través del desistimiento unilateral. Especialmente, teniendo en cuenta que el precepto se refiere al cumplimiento y a la validez, pero no a la extinción del contrato, por lo que podemos concluir que *“el desistimiento, al referirse a extinción unilateral no tiene cabida en los dos supuestos del citado precepto y por tanto no presupone una infracción del mismo”*⁴⁴⁷.

Por otro lado, la jurisprudencia más reciente, se decanta por el criterio de admitir la figura del desistimiento. Así se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2016⁴⁴⁸, que resume la jurisprudencia anterior en el sentido de que:

1ª) *“Es jurisprudencia reiterada de esta Sala que el artículo 1256 Cc, al ser excesivamente genérico, es inidóneo para sostener por sí mismo un motivo de casación [SSTS 636/2008, de 26 de junio (Rec. 1648/2001), 730/2009, de 3 de noviembre (Rec. 782/2005) y 421/2011, de 13 de junio (Rec. 1008/2007), y las en ella citadas].*

2.ª) *Ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal de dicho artículo («La validez y el cumplimiento de los*

extingue la fianza, pues no se oculta que tal extinción por vía de consecuencia viene determinada por la mayor onerosidad surgida de la prolongación temporal, que afectaría a la obligación del fiador, y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado (res inter alios acta), sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato (art. 1257 del propio Código), así como la improcedencia de quedar los efectos de la fianza al arbitrio del acreedor, en menoscabo del fiador, contraviniendo lo dispuesto en el art. 1256 de dicho Cuerpo legal”.

⁴⁴⁷ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 290. La autora argumenta, con cita de doctrina, el contenido del art. 1594 del Código, que permite al dueño de la obra desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, si bien con indemnización al contratista. En la medida en que esta facultad implica la indemnización al contratista, no se trata de una excepción a la norma de que la validez y el cumplimiento del contrato no pueda quedar al arbitrio de una de las partes, pues ambos intereses quedan satisfechos: el del contratista que recibe su indemnización y el del dueño de la obra que puede ahorrarse de este modo el exceso de los gastos de ejecución sobre la ganancia neta de aquél.

⁴⁴⁸ RJ\2016\3877. La sentencia enjuicia el supuesto de un contrato que incluía, como causa de terminación y resolución de la relación contractual, la “voluntad unilateral” de la dueña de la obra –un ente administrativo- sin establecer posibilidad alguna para el contratista de obtener algún tipo de compensación. El Tribunal analiza la figura del desistimiento y la contrasta con el art. 1256 Cc, así como más adelante se refiere al derecho de desistimiento *ad nutum* previsto específicamente para el contrato de obra en el art. 1594 Cc. La resolución, tras efectuar un análisis de la posibilidad de incluir cualquier pacto en los contratos administrativos, se detiene en el estudio del referido precepto, que establece unas consecuencias indemnizatorias para el contratista a quien se extingue el contrato en virtud de desistimiento del dueño de la obra, concluyendo en el carácter no imperativo del precepto y, por tanto, la posibilidad de pactar un desistimiento sin indemnización de ningún tipo.

contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»), se ha sostenido autorizadamente, a la luz del comentario de García Goyena a su precedente, el artículo 979 del Proyecto del 1851, sin paralelo en la codificación decimonónica, que se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1115.I Cc -nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa-, procedente de textos del Digesto referidos a las obligaciones nacidas de stipulatio (por consiguiente, con un solo acreedor y un solo deudor). No expresaría, así, sino el principio lógico de que, en frase del propio García Goyena, «quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles».

En cualquier caso, con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código : si «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente (arts. 1255 CC y 25.1 LCSP) en el contrato mismo de que se trate.

Cabalmente por ello, las Sentencias de esta Sala 1222/1995, de 9 de enero (Rec. 2800/1991), 1259/2007, de 30 de noviembre (Rec. 4502/2000), 85/2010, de 19 de febrero (Rec. 2129/2005) y 217/2011, de 31 de marzo (Rec. 807/2007) han declarado que no cabe dar al artículo 1256 CC el significado de prohibir la inclusión en el contrato mismo de un pacto que otorgue a uno de los contratantes un derecho potestativo de desistimiento o denuncia unilateral”.

Por tanto, podemos concluir que es perfectamente admisible en nuestro Derecho la inclusión de un derecho de desistimiento mediante pacto y sin derecho a indemnización de ningún tipo a cargo de su titular.

Sin embargo, no podemos limitarnos al supuesto del pacto expreso en el contrato que habilite el desistimiento. Es preciso plantearse también, a fin de determinar el encuadramiento en nuestro sistema del derecho de desistimiento objeto de este trabajo, si esta posibilidad se da tan sólo en los supuestos en que el propio contrato ya establece expresamente la facultad de desistir unilateralmente a una de las partes, o bien se puede

considerar como una facultad implícita en todas las relaciones obligatorias por existir un principio general que así lo permita.

II.2.3.2. El principio general favorable a la extinción unilateral de las relaciones jurídicas *ad nutum*.

El papel que desempeña la voluntad unilateral en las relaciones obligatorias ha sido objeto de amplios debates doctrinales, comenzando por su misma admisión en el nacimiento de las obligaciones⁴⁴⁹, aunque el Tribunal Supremo ha sido favorable al reconocimiento de esta fuente de obligaciones⁴⁵⁰.

Por lo que respecta a la modificación de las obligaciones, hay que partir del contenido de preceptos ya analizados, como el art. 1091 Cc o el 1256, de los que resultan la obligatoriedad de lo pactado y la irrevocabilidad de lo acordado, por lo que, en principio, cualquier novación modificativa requiere el consentimiento de los intervinientes en el contrato. No obstante, también existen supuestos excepcionales en los que una de las partes puede unilateralmente modificar el contenido de las obligaciones nacidas de un contrato⁴⁵¹.

Por otro lado, la admisibilidad de la voluntad unilateral se ha analizado en relación con la extinción de las obligaciones, con un planteamiento similar. Así, en

⁴⁴⁹ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, págs. 38-43 se hace eco de la discusión doctrinal en torno a “*si por virtud de un negocio jurídico unilateral, en el que alguien manifiesta su voluntad de quedar obligado, puede tener lugar el nacimiento de la correspondiente obligación, sin el concurso de la voluntad de la persona a favor de que queda constituida*”, exponiendo tanto las tesis favorables (Díez-Picazo o Larenz) como las contrarias a admitirlas. Estas últimas se basan fundamentalmente en que una relación obligatoria supone no sólo un deber de prestación de una parte sino también un derecho correlativo de la otra, y nadie puede adquirir derechos sin que medie su consentimiento. Se dice además que toda promesa unilateral no aceptada es esencialmente revocable.

⁴⁵⁰ Así se reconoce en sentencias del Tribunal supremo de 17 de octubre de 1932 y 3 de febrero de 1973, citadas por RODRÍGUEZ MARÍN, C., que, no obstante, considera que el Tribunal Supremo admite *excepcionalmente* algunos supuestos (como la promesa pública de recompensa, oferta irrevocable, etc.) como fuente de obligaciones.

⁴⁵¹ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 45, considera como tales los supuestos de *excesiva onerosidad sobrevenida*, del Derecho italiano, *alteración de la base del negocio* del Derecho alemán y la teoría de la *cláusula rebus sic stantibus* elaborada por el Tribunal Supremo español. Sobre esta última cabe añadir que en los últimos tiempos ha sido objeto de abundantes resoluciones, dictadas con motivo de la crisis económica, a veces con carácter contradictorio. Al respecto, puede consultarse VAZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula rebus sic stantibus”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 4 (octubre-diciembre 2015), págs. 65-94.

principio, la fuerza de ley de los contratos reconocida en el Código civil exigiría la voluntad de ambos contratantes para poner fin al mismo. Sin embargo, existen supuestos desperdigados por el propio texto codificado en los que se reconoce a alguna de las partes la posibilidad de poner fin a la relación obligatoria, si bien utilizando una terminología variada y a veces poco técnica⁴⁵².

En efecto, nuestro Código Civil establece con total claridad su posición contraria a las vinculaciones indefinidas, estableciéndose en el art. 1583 que el arrendamiento de servicios *por toda la vida* es nulo. Este principio, que tiene su origen en la abolición de la esclavitud⁴⁵³, se considera por la doctrina que en la actualidad ha ampliado su ámbito de aplicación, de tal modo que se extendería a todo tipo de contratos de servicios y a las dos partes del contrato⁴⁵⁴.

Los distintos supuestos en los que se establece la posibilidad de desvincularse del contrato a una de las partes sin que exista un incumplimiento de sus obligaciones por la otra parte son los que pasamos a exponer.

⁴⁵² Según RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 47, el principio de irrevocabilidad contractual implica que sólo las partes contratantes, por mutuo acuerdo y siempre que no perjudiquen a tercero, pueden modificar o revocar el contrato celebrado por ellas. Sin embargo, hay excepciones, tales como la revocación por causa de ingratitud o supervivencia o superveniencia de hijos en las donaciones (arts. 644-648 Cc); el desistimiento unilateral en ciertos contratos: mandato, sociedad, prestación de ciertos servicios o trabajos, etc.; la facultad de una de las partes de un contrato bilateral de pedir la resolución del contrato por incumplimiento de la otra (1124 Cc); la rescisión por lesión en los casos permitidos de los arts. 1291 y 1293 Cc; la revisión o modificación de cláusulas en el contrato de arrendamiento que puede pedir alguna de las partes; o la posibilidad, admitida por las teorías modernas, de resolver, suspender o revisar el contrato en casos de extrema onerosidad para una de las partes provocada por acontecimientos posteriores a su conclusión.

⁴⁵³ El precepto tiene como precedente inmediato el art. 1780.1 del Código civil francés y el 1524 del proyecto de Código civil de García Goyena.

⁴⁵⁴ En tal sentido, VAQUERO PINTO, M.J., “El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida”, *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, Madrid, 2006. págs. 900-902. Según la autora, si bien el precepto tan sólo se aplicaba en su origen a quien prestaba el servicio (criados domésticos, en la terminología del Código), en la actualidad debe extenderse también a quien lo recibe, máxime teniendo en cuenta que la mayor parte de las veces será un consumidor quien reciba el servicio y por tanto más necesitado de protección que la otra parte. Por otro lado, parece lógico que se extienda a cualquier tipo de servicio y no sólo a aquellos contratos que se pacten por tiempo indefinido (“*por toda la vida*”), pues existen multitud de contratos con duración excesiva a los que debe aplicarse.

II.2.3.2.1. El contrato de obra.

El contrato de obra es definido en el art. 1544 Cc como aquel en el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra a la otra por precio cierto⁴⁵⁵.

En la regulación contenida en el Código, se incluye el art. 1594 que permite al dueño de la obra *desistir*, por su sola voluntad, de la construcción de la obra, si bien indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella⁴⁵⁶. Aunque la doctrina discute la verdadera naturaleza jurídica de esta facultad, para nosotros resulta evidente que contempla un supuesto de desistimiento unilateral pues es la simple voluntad del dueño de la obra, sin necesidad de que concurra causa alguna, la que puede poner término a la relación jurídica contractual⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ El Código Civil, siguiendo una concepción hoy superada, lo define de manera paralela al arrendamiento de servicios, como si se tratara de una figura unitaria. De ahí que la jurisprudencia haya tratado de deslindar ambos contratos incluso nominalmente, utilizando otras denominaciones como arrendamiento de industria, contrato de empresa, contrato de obra y contrato de ejecución de obra. En cualquier caso, como destaca la doctrina (al respecto, puede consultarse GARCÍA GIL, F.J., *El asesor legal inmobiliario*, Madrid, 2006, pág. 895), al igual que la jurisprudencia, la nota diferenciadora entre ambos está en el objeto del contrato: mientras que en el arrendamiento de servicios lo comprometido es una actividad, en el contrato de obra lo pactado es un resultado, que ha de ser entregado al comitente para que éste venga obligado al pago, tal y como establece el art. 1599 Cc. Por su parte, RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 311, lo define, en un sentido amplio, como “*aquel contrato por el que el contratista, arquitecto, aparejador u otra persona cualificada para ello, se compromete respecto de otra que será el dueño o comitente del terreno o cualquier otro elemento para tal fin, a realizar una obra en cierto tiempo a cambio de un precio determinado, corriendo de su cuenta el riesgo durante la realización de la misma*”.

⁴⁵⁶ El precedente en el proyecto de Código de 1851 era art. 1535, respecto del cual justificaba García Goyena: «*Ningún perjuicio se irroga en el artículo al arquitecto o empresario, pues se le da todo lo que podía tener después de concluir la obra; y al mismo tiempo se evita que el propietario, cuya fortuna se halle comprometida repentinamente por sucesos imprevistos, se arruine completamente con gastos en extremo dispendiosos. Puede también ocurrir que la obra no le sea ya útil ni necesaria*».

⁴⁵⁷ BAEZA PASTOR, A., “Doctrina y polémica en torno al art. 1594 del Código Civil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 675/2005, BIB 2005\1161, quien mantiene una posición contraria a lo expuesto en este trabajo, al considerar que, si bien el precepto contiene un supuesto real de desistimiento, éste es una excepción a la prohibición del art. 1256 Cc cuyo fundamento como excepción al principio general es precisamente el establecimiento de indemnización a favor de la otra parte. Así, indica que “*el derecho de desistir de forma unilateral por parte del dueño de la obra constituye la razón de ser de la acción derivada del derecho subjetivo contenido en el artículo 1594 del Código Civil. Precepto que autoriza el desistimiento unilateral como declaración unilateral de una sola de las partes contratantes. Lo que constituye una situación excepcional porque contradice la llamada necesidad o esencia de la obligación del artículo 1256 Cc, según el cual el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes. Así pues, el dueño de la obra viene obligado a indemnizar al contratista por los gastos que ha tenido, material, trabajadores y empleados y otros; por su trabajo, que incluye el llamado beneficio industrial y, por último, de la utilidad que de la parte de la obra ejecutada pueda obtener el dueño de ésta. En todo caso, se pretende que el contratista quede indemne, libre de todo perjuicio, por razón del desistimiento*”.

Es cierto que el precepto establece la obligación de indemnizar al contratista, pero ello no implica que estemos ante un supuesto de resolución del contrato a que se refiere el art. 1124 Cc, pues el dueño de la obra puede ejercitar su facultad extintiva aunque el contratista esté cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato. Así se ha manifestado en diversas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así como numerosas Audiencias Provinciales), que reconoce expresamente la diferencia entre ambos supuestos y además su incompatibilidad⁴⁵⁸, así como que el importe de la indemnización a percibir por el contratista no resulta afectado por los motivos que dieran lugar a la extinción del contrato⁴⁵⁹.

Por otro lado, la posibilidad de identificar el supuesto contemplado en el art. 1594 Cc como un supuesto de rescisión, al amparo de la cláusula genérica del art. 1291.5 del mismo texto legal, no nos parece admisible, especialmente en la actualidad en que el desistimiento se encuentra definido legalmente y regulado extensamente por el TRLCU⁴⁶⁰, y teniendo en cuenta que la rescisión es un supuesto de aplicación

⁴⁵⁸ En ese sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10275), en la que se decide sobre una reclamación de cantidad de una contratista contra el dueño de la obra que, según parece –pues sólo de manera implícita se indica en la resolución–, decidió no continuarla y dejó de abonar su precio. El Tribunal establece que *“reconocida la incompatibilidad entre las dos causas de extinción del contrato consistentes en el desistimiento unilateral del dueño de la obra y la resolución contractual por incumplimiento, resulta evidente que en el caso se produjo la primera tal y como se reconoce en la Sentencia del Juzgado y resulta de la documentación obrante en autos. Además, tal solución es la coherente con la actuación procesal de la parte demandada, que en su escrito de contestación menciona el art. 1594 CC (folio 236) y en ningún momento planteó en forma una resolución por incumplimiento de la entidad actora, lo que además habría exigido accionar mediante demanda o reconvencción (SS. 1 diciembre 2001 [RJ 2001, 9920] y 12 febrero 2002 [RJ 2002, 3110] , entre otras)”*.

⁴⁵⁹ En tal sentido, además de la sentencia citada en nota anterior, se manifiesta la reciente resolución de 5 de abril de 2016 (RJ 2016\4287), referida a un supuesto de una constructora que reclama contra la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre por haber paralizado una obra, siendo la primera petición de la demanda la de declarar que el contrato ha quedado resuelto por desistimiento unilateral de la dueña de la obra. En la sentencia no se discute la naturaleza jurídica de la figura sino el importe de las cantidades a abonar a la contratista y en ella se establece, *“recogiendo la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación y aplicación del artículo 1594 CC que contienen las Sentencias 474/1993, de 13 de mayo (RJ 1993, 3546) (Rec. 2456/1990), 840/1996, de 17 de octubre (RJ 1996, 7115) (Rec. 1887/1993), 815/2000, de 28 de julio (RJ 2000, 6202) (Rec. 2397/1995), 679/2005, de 29 de septiembre (RJ 2005, 8892) (Rec. 1025/1999), 404/2010, de 18 de junio (RJ 2010, 4892) (Rec. 360/2006), 69/2012, de 29 de febrero (RJ 2012, 4995) (Rec. 842/2008), y 318/2012, de 24 de mayo (RJ 2012, 6538) (Rec. 1319/2009)”*, que *“para la cuantificación de las consecuencias indemnizatorias que el artículo 1594 CC anuda a la decisión del comitente de desistir de la ejecución o continuación de la obra, no pueden tenerse en cuenta circunstancias relativas al cumplimiento o incumplimiento por los contratantes de sus obligaciones, ni relativas a los móviles que impulsaron al comitente a desistir”*.

⁴⁶⁰ La posibilidad de considerar a este supuesto como una forma de rescisión se apunta por RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 317, con apoyo en el concepto amplio de rescisión acuñado por DE CASTRO BRAVO, F., *El negocio*

subsidiaria para quien ha sufrido un perjuicio que no puede repararse por ninguna otra vía.

Finalmente, algún autor considera que el supuesto contemplado en el art. 1594 Cc se asemeja más bien a la multa penitencial de configuración legal, establecida en el art. 1153 del mismo texto legal⁴⁶¹. Según esta tesis, la norma permite al dueño de la obra apartarse lícitamente del contrato por su mera conveniencia, aunque pagando, como *precio de su arrepentimiento*, cuanto sea preciso para procurar la indemnidad del prestador del servicio. Sin embargo, la multa penitencial se considera por la doctrina como “*el dinero de arrepentimiento o desistimiento, que puede haber sido abonado en forma de arras o no, y que permite al penitente apartarse del contrato y extinguir la relación obligatoria*”⁴⁶², y por tanto puede equipararse al derecho de desistimiento.

En definitiva, entendemos que la facultad extintiva prevista en el precepto objeto de comentario es un claro supuesto de desistimiento unilateral, en el que la simple voluntad del dueño de la obra es la que da lugar a la extinción del contrato, aunque, al

jurídico, Madrid, Reimpresión, 1971, pág. 518 y ss. Para Castro, un negocio rescindible es “*un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado*” y la amplitud del párrafo 5 del art. 1291 permite su ampliación a los “*casos más dispares e indeterminados*”. En nuestra opinión, en la definición de Castro no puede incluirse el supuesto que nos ocupa, que no exige perjuicio de ningún tipo para el dueño de la obra, sino “*su sola voluntad*”. Además, si bien el Código Civil no es excesivamente riguroso con las categorías jurídicas, no parece probable que el art. 1594 recogiese un supuesto de rescisión sin que se denominara tal y que, en cambio, el precepto siguiente, 1595, sí hiciera referencia a la posibilidad de rescindir el contrato, no sólo en los casos de fallecimiento del contratista a quien se encargó la obra por razón de sus cualidades personales, sino también cuando no pudiera acabarla por cualquier motivo distinto de su voluntad. Supuestos que sí se acomodan a la definición tanto doctrinal como legal de la rescisión.

⁴⁶¹ VAQUERO PINTO, M.J., “El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida”, *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, Madrid, 2006, pág. 910.

⁴⁶² RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., “Sobre la cláusula penal en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, nº 2, 1993, págs. 542,543. Añade el autor que el término medieval alemán “*Wandelpön*” (o pena por cambio de voluntad del contratante) se encuentra en numerosos documentos y si bien encierra la idea de pena, lo cierto es que no se trata de sanción a un acto indebido, pues se estipula el derecho de desistimiento; es un acto lícito, pues se impone al deudor una verdadera obligación facultativa, aunque se disuade de su ejercicio con la imposición de la multa. En parecido sentido, DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Teoría General del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular.*, 4ª Ed. Madrid, 1983, pág. 230-231, quien al exponer la pena convencional o cláusula penal, el capítulo dedicado a las garantías de la obligación, considera que la pena reviste una configuración distinta de la regulada en el Código Civil –que es substitutiva de la indemnización de daños y perjuicios- cuando al deudor se le otorga la facultad de liberarse de la obligación pagando la pena. Este pacto, añade, viene previsto en el art. 1153 Cc y hace surgir la pena de arrepentimiento o multa penitencial y, en esencia, una obligación facultativa con cláusula de sustitución.

tratarse de un supuesto excepcional y por motivos de equidad⁴⁶³, se impone la obligación de dejar indemne al contratista que se ve privado de la posibilidad de realizar la obra comprometida. De hecho, las cuestiones discutidas en las resoluciones judiciales no suelen centrarse tanto en la naturaleza jurídica de la facultad extintiva –que se da por supuesta- sino en las consecuencias económicas de la propia extinción del contrato⁴⁶⁴, aunque también se admite la posibilidad de que el propio contrato excluya la indemnización⁴⁶⁵.

II.2.3.2.2. El contrato de mandato.

Otro contrato en el que se establece la posibilidad de extinción por voluntad unilateral de cada una de las partes es el contrato de mandato, aunque con una

⁴⁶³ GARCÍA GIL, F.J., *El asesor legal inmobiliario*, Madrid, 2006, pág. 903 considera, en tal sentido, que “la facultad de desistir está, por tanto, presidida en sus efectos por la idea de la indemnidad del contratista o, lo que es igual, del respeto de la ganancia neta de éste, si la hubiese, o de la menor pérdida, subordinándose su ejercicio al reembolso al empresario de cuantos gastos haya efectuado, a los que ha de agregarse una suma pertinente a las ganancias que hubiere obtenido con la terminación de la obra”.

⁴⁶⁴ Sobre esta cuestión versa la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril 2016 (RJ 2016\4287). En el procedimiento se discute sobre el desistimiento de unas obras de Remodelación del enlace con Autovía A-6, P.K. 46,6 de la M-40 por parte de la entidad comitente, la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre (SEITT). La constructora demandante reclama, por un lado, la indemnización de «gastos» y «trabajos» (aunque en rigor, según la Sentencia comentada, se trataba sólo de aquéllos, pues los trabajos realizados ya habían sido pagados); y por otro, como indemnización de la «utilidad de la obra para el contratista», reclamaba el 23% del presupuesto de ejecución de la obra desistida: el 17% en concepto de «gastos generales» y el 6% en concepto de «beneficio industrial». De ahí que el objeto del litigio ante el Tribunal Supremo es precisamente el concepto de utilidad de la obra para el contratista, indicando la sentencia que “se identifica con el beneficio industrial que el contratista habría obtenido de haberse realizado el total de la obra, descontando el que, en su caso, haya cobrado del comitente por la parte de la obra realizada hasta el desistimiento. No se ha considerado comprendido en dicha expresión legal gasto general alguno del contratista”. Y en cuanto a la determinación de su importe, añade el Tribunal que “ha de atenderse en primer término a los márgenes o elementos de referencia que, sobre ese concepto, figuren en el concreto contrato de obra de que se trate” y que “sólo a falta de los referidos datos contractuales -y de prueba cumplida, libremente valorada por el tribunal de instancia, sobre el margen de beneficio industrial aplicado, en su caso, por las partes durante la ejecución de la obra hasta el desistimiento-, esta Sala ha admitido que, para calcular el montante a indemnizar al contratista por dicho concepto, se utilice un margen del 15% [al que también alude la STS 1117/2001, de 3 de diciembre (RJ 2001, 9924) (Rec. 2311/1996)]; aunque con la advertencia de que no se trata de un porcentaje inmutable, sino sometido a las circunstancias económico-sociales de los tiempos, al reflejar un uso cambiante y acomodado a la realidad histórico-social”.

⁴⁶⁵ Esta posibilidad de pactar el derecho de desistimiento sin indemnización de ningún tipo, contraviniendo de este modo, el tenor del art. 1594 Cc, se viene admitiendo por el Tribunal Supremo. Así se recoge en la sentencia de 15 de junio de 2016, RJ\2016\3877, ya citada. También se puede encontrar un supuesto similar en la sentencia de 3 de junio 2016 (RJ\2016\2743), que analiza un supuesto curioso pues el encargo se inicia sin la firma del contrato, alegando el contratista el art. 1594 Cc y su derecho de indemnización. El Tribunal se encarga de desestimar su tesis por faltar a la buena fe, pues otros encargos entre el mismo contratista y el mismo comitente, tanto anteriores como posteriores al litigioso, incluían una cláusula de desistimiento sin derecho a indemnización de ningún tipo, por lo que de haberse firmado el contrato, se habría incluido la referida cláusula.

terminología diferente a la utilizada para el contrato de obra. Así, el art. 1732 del Código Civil establece como causas específicas de terminación del contrato la revocación por el mandante y la renuncia del mandatario.

En efecto, el mandante puede en todo momento y *a su voluntad*, revocar el mandato, de acuerdo con el art. 1733 Cc. Revocación que es entendida por la doctrina como un auténtico desistimiento al tener efectos *ex nunc*⁴⁶⁶.

El fundamento de esta revocabilidad del contrato de mandato se busca por la doctrina⁴⁶⁷ en la confianza que al mandante inspira el mandatario, bien sea por conferirse el mandato en interés del mandante, bien por la gratuidad que suele tener el contrato. Sin embargo, no parece acorde este fundamento si nos decantamos por el carácter de desistimiento que presenta la revocación del mandato y que se desprende de la remisión del Código Civil a la simple voluntad del mandante.

De ahí que nos parezca más acertada la opinión de DÍEZ PICAZO⁴⁶⁸, cuando indica que la razón de la revocabilidad hay que encontrarla en la autonomía privada, al

⁴⁶⁶ En tal sentido se pronuncia RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 339, con abundante apoyo doctrinal. Por su parte, PARRA LUCÁN, M.A. (coord.), *Cuaderno II. Eficacia e ineficacia del contrato*. Madrid, 2010, con claro afán de sistematización, distingue entre desistimiento –entendido como facultad atribuida a una de las partes de una relación obligatoria de poner fin a la misma por su libre determinación- y revocación –que considera como una causa sobrevenida de eficacia de un negocio jurídico válidamente otorgado, por voluntad de su otorgante y reservado para los actos unilaterales, como la oferta, y los gratuitos, como la donación. En realidad, si tomamos en consideración estas definiciones, la revocación del mandato sería un auténtico desistimiento unilateral.

⁴⁶⁷ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 341-342, con cita de doctrina española, francesa e italiana.

⁴⁶⁸ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 298. Frente al argumento de que la confianza es la base de la relación de mandato y de que en su elección tiene un papel fundamental la contemplación de la persona y las cualidades del mandatario (*intuitus personae*), entiende el autor que no bastan por sí solos para justificar la libre revocabilidad de una relación jurídica. Estas características confluyen en otros muchos contratos y sin embargo no se admite la libre revocabilidad. Además, “*la revocación no se funda en la pérdida de la confianza o en la desaparición de las cualidades relevantes del apoderado, sino en la libérrima y omnímoda voluntad del apoderante (cfr. Art. 1733, a su voluntad)*”. De ahí que la razón de la revocabilidad haya de buscarse en la autonomía privada. Se añade más adelante, pág. 305, que “*no admitir la revocación sería admitir una enajenación de la personalidad que pugna con los principios del derecho moderno. Se justifica de esta manera la máxima o el aforismo *functus voluntate, functo est mandatum**”. En el mismo sentido se pronuncia COLÁS ESCANDÓN, A.M. Comentario al art. 1733, en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Cizur Menor, 2011, versión electrónica, quien tras indicar que la revocabilidad “*es lógica consecuencia del carácter «intuitu personae» predicable de este contrato, de tal modo que quebrada la confianza que el mandante tenía en el mandatario, podrá revocar el mandato que le confirió*”, añade que “*incluso aunque tal confianza no haya desaparecido, el mandante, con base*

ser el mandato un simple instrumento para gestionar los intereses del mandante que por tanto mantiene la competencia sobre su esfera de intereses y puede gobernarlos de la forma que tenga por conveniente, *a su voluntad*.

Es precisamente por ese fundamento por el que, en determinadas circunstancias, se admite la irrevocabilidad del mandato, que la doctrina sistematiza en dos posibles supuestos: el pacto de irrevocabilidad acordado entre las partes y los supuestos de mandatos naturalmente irrevocables⁴⁶⁹.

La primera categoría, es decir, los mandatos irrevocables por pacto expreso de las partes, son también objeto de limitación por parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tan sólo los admite excepcionalmente. Así se manifiesta en sentencia de 17 de enero de 2007⁴⁷⁰, que tras reconocer que “*constituye un principio tradicional, sentado ya por el Derecho romano y recogido por el Código francés y la generalidad de los modernos, el que el mandato es revocable a voluntad del mandante, sin que el hecho de que se trate de un apoderamiento recíproco impida el ejercicio por cualquiera de los mandantes de tal facultad de revocación. Así queda reflejado en los artículos 1732-1º y 1.733 del Código Civil*” añade que la irrevocabilidad del mandato constituye una excepción y ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque.

Con cita de sentencia del propio Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1993⁴⁷¹, admite la posibilidad del pacto expreso de irrevocabilidad, si bien sólo cuando “*así se hubiese pactado expresamente con una finalidad concreta que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario o terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución*

en el principio de la autonomía de la voluntad, podrá revocar el mandato si es lo que considera más acorde con sus intereses”.

⁴⁶⁹ En tal sentido, RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 337 y también COLÁS ESCANDÓN, A.M. Comentario al art. 1733, en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Cizur Menor, 2011, versión electrónica.

⁴⁷⁰ Sentencia núm. 7/2007, de 17 de enero (RJ\2007\673).

⁴⁷¹ Sentencia núm. 1266/1993, de 24 de diciembre (RJ\1993\10149).

o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno de los interesados”⁴⁷².

En cuanto a los mandatos naturalmente irrevocables, se trata de supuestos discutibles, según el análisis que lleva a cabo de los mismos DÍEZ PICAZO, que los reconduce a supuestos diferentes⁴⁷³. Ello nos llevaría a la conclusión de que el supuesto de revocación del mandato previsto en el Código Civil es un auténtico derecho de desistimiento, pues depende, en definitiva, de la exclusiva voluntad del mandante como claramente manifiesta el art. 1733 del Código Civil⁴⁷⁴.

Por lo que respecta a la renuncia –o posibilidad de extinción voluntaria del contrato por el mandatario- se perfila también en el Código Civil como una declaración unilateral de voluntad esencialmente recepticia, eficaz desde que el mandatario realiza todo lo necesario para que su decisión llegue a conocimiento del mandante. Así se

⁴⁷² La mayoría de las sentencias que analizan la irrevocabilidad del mandato se refieren a supuestos de pactos multilaterales adoptados en el seno de procedimientos de ejecución colectiva que utilizan el mandato irrevocable como instrumento para su debida ejecución. Así, la sentencia núm. 317/2005, de 25 de abril (RJ\2005\3755), relativa a un poder irrevocable otorgado por los titulares de acciones de una sociedad inmersa en un procedimiento de suspensión de pagos que permitía su venta. En otras ocasiones se trata de supuesto de utilización del mandato irrevocable como instrumento para obtener el cumplimiento de otro pacto, como ocurre en la sentencia núm. 433/2004, de 21 de mayo (RJ\2004\2761), en la que una compañía cede a un banco, en garantía de una operación de crédito, un aval de otra entidad financiera que tenía a su favor y, para la ejecución de la garantía, otorga un poder irrevocable.

⁴⁷³ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, págs. 305-307 analiza los dos supuestos de mandato tradicionalmente considerados como naturalmente irrevocables. El primero de ellos es la cesión de bienes a los acreedores para pago de deudas regulada en el art. 1175 del Código Civil, interpretado por la doctrina tradicional como un supuesto en que el deudor otorga en favor de sus acreedores un mandato para que realicen las gestiones necesarias en orden a la realización y liquidación de bienes así como el pago de las deudas. Según DÍEZ PICAZO, en realidad no estaríamos ante un supuesto verdadero de representación sino de actuación en interés del representante, es decir, un negocio jurídico indirecto de utilización del cauce del negocio del apoderamiento para realizar fines que no son propios del mismo. El segundo supuesto tradicional es de los llamados poderes colectivos, cuando varias personas otorgan poder a otra para la gestión de un negocio común a ellas. Pero, en realidad, en este supuesto no estamos ante un problema revocabilidad o no del poder, sino de los requisitos de la revocación, es decir, de conocer si precisamos el acuerdo de todos los poderdantes para que sea efectiva la revocación o basta el consentimiento individual.

⁴⁷⁴ En tal sentido, RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 339, según la cual “se vuelve a poner en evidencia la confusión conceptual existente a la hora de dar por terminada una relación unilateralmente, ya que la expresión «revocar» no está bien empleada en lo que al contrato de mandato se refiere. De todas maneras, la revocación tal y como es utilizada en los arts. 1732 y 1733 del Código Civil posee efectos extintivos por parte del mandante, y como consecuencia de sus efectos ex nunc puede ser considerada en todos sus términos como un desistimiento”.

desprende del art. 1736 que permite al mandatario la renuncia al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante y se reconoce por la doctrina⁴⁷⁵.

La posibilidad de extinción del contrato por parte del mandatario se fundamenta, según la doctrina, en que el carácter “*intuitu personae*” y la confianza juegan recíprocamente en la relación representativa⁴⁷⁶. No obstante, el problema que plantea la renuncia es más bien la compatibilidad entre la libre voluntad del renunciante con los intereses del mandante, cuya gestión y conservación le estaban precisamente encomendados⁴⁷⁷. De ahí la existencia de límites y el establecimiento de requisitos para que la renuncia opere válidamente que se contienen en los arts. 1736 y 1737 del Código Civil, y que básicamente consisten en la necesidad de notificación al mandante así como la continuación con la gestión del mandato hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias para sustituir al mandatario⁴⁷⁸.

Cuando el contrato de mandato tiene carácter mercantil, nos hallamos ante el contrato de comisión, regulado en el Código de Comercio en los arts. 244 y siguientes. Se define el contrato de comisión como aquel mandato en el que concurren dos circunstancias: referirse a un acto u operación de comercio, y ser comerciante o agente mediador del comercio el mandante (comitente) o el mandatario (comisionista).

⁴⁷⁵ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 340 y doctrina allí citada.

⁴⁷⁶ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 310, que concluye por tanto que la renuncia es una “*extinción del vínculo representativo por obra de la exclusiva y libre voluntad del representante*”. Para RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, págs. 342-343, si bien en el Derecho Romano el fundamento de la renuncia residía en el carácter gratuito del mandato, en la actualidad lo es también por el carácter fiduciario del contrato.

⁴⁷⁷ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 310.

⁴⁷⁸ Una aplicación concreta de esta norma se puede encontrar, en el ámbito procesal, en la regulación de la representación procesal. El procurador, una vez designado, ha de seguir el asunto en tanto no cese en su representación, de acuerdo con el art. 26.2.1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Entre las causas de cese de representación, se incluye la renuncia voluntaria en el art. 30.1.2º LEC, si bien en tal caso viene obligado a poner el hecho, con anticipación y de modo fehaciente, en conocimiento de su poderdante. Además, habrá de continuar en la representación –presentando escritos y recibiendo notificaciones– en tanto no se le tenga por renunciante y no se provea por el poderdante a la designación de nuevo procurador que le sustituya, en el término de diez días o hasta que transcurra dicho plazo sin haberlo verificado.

Curiosamente, mientras que la posibilidad de extinción por voluntad unilateral del comitente se regula en términos similares a los del mandato, no ocurre igual con el comisionista. En efecto, el art. 279 del Código de Comercio permite al comitente revocar la comisión “*en cualquier estado del negocio*” y con eficacia *ex nunc* al quedar obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de la notificación de la revocación. Es decir, estaríamos también ante un claro supuesto de desistimiento unilateral, aunque la terminología utilizada en el Código sea diferente.

Sin embargo, el comisionista no puede renunciar a la comisión, pues de conformidad con el art. 252 del Código de Comercio, si no cumple la comisión aceptada o empezada a evacuar, será responsable de los daños que por ello se produzcan para el comitente, salvo que hubiere causa legal, lo que se justifica por la doctrina sólo en el caso de que el comisionista fuera comerciante, pero no en el caso contrario⁴⁷⁹. Parece lógico que quien ejerce la representación de manera profesional y no siendo un contrato *intuitu personae*, deba continuar el encargo encomendado salvo que la ley le habilite al respecto.

II.2.3.2.3. El contrato de sociedad.

La siguiente figura contractual que incluye la voluntad de los contratantes como causa de extinción es el contrato de sociedad, al establecerse en el art. 1700 del Código Civil que éste se extingue por la voluntad de cualquiera de los socios con sujeción a lo previsto en los arts. 1705 y 1707 del mismo texto legal.

No obstante, esta aparente amplitud del juego de la voluntad de los socios en la extinción del contrato no es tal, pues resulta muy limitada. Los preceptos citados contemplan dos tipos de situaciones, aquellas en las que el contrato no señala término para su duración o éste no resulta de la naturaleza del negocio, frente a aquellas en las que sí existe un tiempo determinado de duración del contrato.

Sólo en los primeros se contempla realmente la voluntad de uno de los socios como causa de extinción del contrato, pues en los segundos es preciso para que opere la existencia de un justo motivo, como el faltar uno de los socios a sus obligaciones o ser inhabilitado para los negocios sociales. Es evidente que este supuesto,

⁴⁷⁹ ANGULO RODRÍGUEZ, L., “Capítulo 61, El contrato de comisión”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *Derecho Mercantil*, Vol. II, 14ª Ed., Madrid, 2010, pág. 280.

contemplado en el art. 1707 Cc y basado en la existencia de un justo motivo, en realidad es un supuesto de resolución por incumplimiento.

Es, por tanto, sólo en aquellos contratos pactados sin término alguno y en los que la naturaleza del objeto social tampoco fija una duración, en los que la voluntad de uno de los socios provoca la extinción del contrato y en los que, consecuentemente, podemos afirmar que estamos ante un supuesto de desistimiento unilateral.

De ahí que deba considerarse que el fundamento de esta facultad de extinción del contrato se genere a consecuencia de la duración vitalicia del contrato, lo que atenta contra el principio contrario a las vinculaciones perpetuas de nuestro Código Civil⁴⁸⁰.

A pesar de ese reconocimiento de la facultad extintiva, no lo es de manera absoluta, sino que se establecen limitaciones a la misma, como son la comunicación previa al resto de los socios, así como su ejercicio de buena fe y en tiempo oportuno⁴⁸¹. El art. 1706 completa el régimen de esta causa de extinción del contrato definiendo los conceptos de buena fe y tiempo oportuno⁴⁸². Sin embargo, estas limitaciones en cuanto a necesidad de comunicación previa a los socios y el ejercicio en tiempo oportuno dimanar de los principios de buena fe y equidad que impregnan el ordenamiento jurídico y por tanto no excluyen el ejercicio de la facultad de

⁴⁸⁰ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 349-350.

⁴⁸¹ En tal sentido, VAQUERO PINTO, M.J., “El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida”, *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, Madrid, 2006, pág. 911-914. Según la autora, el ejercicio del derecho de desistimiento debe ajustarse a las exigencias de la buena fe, lo que implica ejercicio tempestivo, es decir, que la relación contractual se prolongue por un tiempo razonable para que la contraparte pueda adoptar las medidas necesarias para aminorar el posible perjuicio derivado de la extinción de la relación contractual; y ejercicio no abusivo del derecho, es decir, evitar los enriquecimientos injustificados y los daños derivados de una duración del contrato insuficiente para alcanzar sus objetivos.

⁴⁸² Así, se considera de mala fe la renuncia cuando quien la lleva a cabo se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común, sancionándose con la continuidad de la relación jurídica con la sociedad y la concesión al resto de socios del derecho a excluirle de la misma. Por lo que respecta al tiempo inoportuno para la renuncia, se entiende tal cuando la sociedad está interesada en no producirse la disolución por no hallarse las cosas íntegras, es decir, por no haberse obtenido el resultado buscado con la sociedad. La sanción para la renuncia en tiempo inoportuno es la continuación de la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes. Sobre la apropiación del provecho común, VAQUERO PINTO, M.J., “El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida”, *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, Madrid, 2006, pág. 913, considera que más que de un supuesto de denuncia abusiva del contrato, podría hablarse de un impropio modo de distribuir el resultado del esfuerzo común.

desistimiento *ad nutum*, que sigue pudiendo ejercitarse sin necesidad de fundamentarse en causa alguna⁴⁸³.

En el mismo sentido se pronuncia el Código de Comercio en la regulación de las sociedades personalistas, estableciendo el art. 224 que tanto en las sociedades colectivas como en las comanditarias, si están constituidas por tiempo indefinido, cualquier socio podrá exigir su disolución. En tal caso, los otros no podrán oponerse más que por causa de mala fe en el proponente, entendiéndose que concurre mala fe cuando el socio en realidad pretende obtener un lucro particular que no obtendría subsistiendo la compañía.

Esta regulación de las sociedades personalistas contrasta con la establecida en la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba su texto refundido), en las que la disolución no está en manos ya de cualquiera de los socios sino que, aparte de los supuestos de disolución de pleno derecho, es precisa la adopción de un acuerdo de la Junta General, órgano en el que reside esta facultad. Este acuerdo puede limitarse a constatar la existencia de las circunstancias que determinen la causa legal de disolución –conclusión del objeto social, paralización de los órganos sociales, pérdidas, etc.- o bien tratarse de lo que el art. 368 denomina “*mero acuerdo*” de disolución, que sería el equivalente a la extinción *ad nutum* y sin causa alguna. Para compensar este desplazamiento de la facultad extintiva desde los socios individualmente al conjunto de los socios constituidos en Junta General, se establece el derecho de separación de los socios, aunque con base en las causas legalmente establecidas. La posibilidad de un derecho de separación *ad nutum*, similar a un derecho de desistimiento, se ha reconocido recientemente por el Tribunal Supremo⁴⁸⁴.

⁴⁸³ En tal sentido, DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, C., *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Granada, 2000, págs. 82-84. Según el autor, la existencia de un preaviso, expreso o implícito, constituye un límite al principio de libre extinción del contrato y presupuesto para su normal eficacia, añadiendo que el preaviso opera como un *deber jurídico o carga*. Se trataría de una manifestación de las exigencias de la buena fe y equidad aplicadas a la facultad de resolver unilateralmente un contrato, un mecanismo tendente a evitar daños a la parte frente a la que se desiste como consecuencia de una intempestiva ruptura del contrato.

⁴⁸⁴ En esta dirección se orienta la sentencia del Tribunal Supremo núm. 216/2013, de 14 de marzo de 2013 -Id Cendoj: 28079110012013100116-, siempre y cuando venga establecida en los estatutos sociales. Una primera aproximación al tema puede consultarse en LUCEÑO OLIVA, J.L., “Estatutos y derecho de separación *ad nutum*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 842, 2012, pág. 7.

II.2.3.2.4. El contrato de depósito.

Otro de los contratos regulados en el Código Civil que incluye en su regulación facultades extintivas es el de depósito, conceptualizado como aquel que nace cuando uno recibe cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla. Las facultades de extinción del contrato se confieren a ambas partes. Sin embargo, los supuestos son diferentes, a nuestro juicio, según que quien inste la extinción del contrato sea el depositante o el depositario.

En efecto, el art. 1775 del Código establece un verdadero derecho de desistimiento, pues permite al depositante exigir la devolución de la cosa depositada en cualquier momento, cuando lo reclame, según la expresión literal del precepto. Y ello con independencia de que se haya fijado un tiempo determinado de duración del contrato o no, por lo que estamos ante un verdadero derecho de desistimiento.

El fundamento de este derecho a extinguir el contrato del depositante se fundamenta por la doctrina en el interés de la conservación y perfecto estado de la cosa⁴⁸⁵, y se configura como una renuncia al derecho de que la cosa siga siendo guardada por el depositario

Sin embargo, en realidad el fundamento de esta posibilidad debe residenciarse a nuestro juicio en el propio concepto de depósito, que nace de la voluntad del depositante (art. 1763 Cc), y su carácter esencialmente gratuito (art. 1760 Cc) y unilateral, pues sólo genera obligaciones para el depositario (arts. 1766 y ss. Cc). De acuerdo con esto, el tenor literal del precepto (*“el depósito debe ser restituído al depositante cuando lo reclame”*) es claro al respecto.

Por lo que respecta a la extinción del contrato por voluntad del depositario, regulada en el art. 1776 del Código, no estamos realmente ante un derecho de desistimiento, puesto que sólo podrá hacerse en el tiempo pactado o, si fuese con

⁴⁸⁵ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 365-366, quien considera este fundamento común a la extinción del contrato por parte del depositante o del depositario, si bien añade que en el caso del depositante *“la justificación de dicho hecho puede estar en la apreciación de un incumplimiento por parte de la persona a la que se le encargó la custodia o en la necesidad que le puede surgir de tener antes de tiempo la cosa depositada”*.

anterioridad, cuando concurren justos motivos⁴⁸⁶ para no conservar el depósito. Se trata, por tanto, más correctamente de un supuesto de resolución por incumplimiento que de un supuesto de desistimiento. Prueba de ello es que se establece incluso la posibilidad de ejercitar este derecho contra la voluntad del depositante al objeto de cesar en la responsabilidad que la guarda y custodia de la cosa representa para el depositario.

En efecto, el art. 1776 establece que si el depositante se negare a la restitución del depósito, el depositario podrá obtener del juez su consignación. El Código Civil, en su regulación original, regulaba el ofrecimiento de pago y la consignación en los arts. 1176 a 1181, como forma de liberación del deudor de su obligación cuando el acreedor no acepta el pago. Se establece, de este modo, un procedimiento complejo con dos etapas: el ofrecimiento de pago y la posterior consignación de la cosa debida que coincide con su puesta a disposición, de tal modo que si el acreedor a quien se hace el primero lo rechaza sin motivo, el deudor queda libre de obligación con la consignación⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 365 considera como tales tanto los de carácter objetivo –derivados de la naturaleza de la cosa que exija cuidados imprevistos para su conservación– como subjetivo –necesidad de ausentarse, un cambio en las circunstancias personales del depositario.

⁴⁸⁷ Sin embargo, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio) introduce importantes modificaciones en la materia. En primer lugar, su Disposición Final Primera, apartado 93, da una nueva redacción al art. 1178 del Código Civil, que a partir de la reforma permite al deudor efectuar la consignación poniendo las cosas debidas a disposición del Juzgado o del Notario, en los términos previstos en la propia Ley 15/2015 o en la legislación notarial. Por otro lado, el art. 69 de la Ley regula el ofrecimiento de pago y la consignación, cuya competencia se atribuye a los notarios. En este precepto se regula el procedimiento - incluyendo el depósito de los bienes a su vez en establecimiento adecuado-, que incluye un requerimiento a la persona que deba recibirla, quien podrá contestar aceptando la cosa depositada. El problema surge si transcurre el plazo de diez días sin que proceda a retirarla, no realice alegación alguna o se niegue a recibir la cosa, en cuyo caso se producirá la devolución de lo consignado y se archivará el expediente. Esta regulación, aplicada a un depositario que ha renunciado al depósito y no consigue que el depositante voluntariamente acepte la restitución de lo depositado, es defectuosa pues, al no ostentar el notario potestades jurisdiccionales, obligará a un ulterior procedimiento judicial. Este ulterior procedimiento judicial parece ser el previsto en el Capítulo II del Título V de la Ley 15/2015, comprensivo de los arts. 98 y 99 y que regula la consignación, atribuyendo la competencia al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde deba cumplirse la obligación. Este procedimiento se inicia mediante solicitud del interesado y junto a ella, debe procederse a la puesta a disposición del Juzgado de la cosa debida. Tras el oportuno ofrecimiento al acreedor para su retirada, si ésta no se produjera, se convocará a las partes a una vista y será el juez quien resolverá estar bien hecha o no la consignación. Si lo estuviera, la consignación producirá los efectos legales (extinción de la obligación y cancelación, en su caso, de la garantía, de conformidad con el art. 1180 Cc) y “*se entregará al acreedor la cosa consignada*”, siendo de su cuenta todos los gastos ocasionados. En este caso, si se tomará esta decisión por un órgano con poder jurisdiccional y, entendemos, si a pesar de esta resolución, el acreedor siguiera rechazando la recepción de la cosa, habría que acudir a las normas de ejecución de obligaciones personales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II.2.3.2.5. La donación.

La última figura regulada en el Código Civil que contiene facultades extintivas y que vamos a analizar es la donación.

El primer aspecto a tener en cuenta respecto de la donación es la cuestión de si estamos o no ante un contrato, encontrándose la doctrina dividida al respecto. Así, mientras unos entienden que estamos ante un contrato⁴⁸⁸, otros entienden que estamos ante un modo de adquirir la propiedad si bien aceptan la posibilidad de una donación obligacional, que sería más bien una promesa de donación⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Sin ánimo exhaustivo, RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 357 entiende que la donación es un contrato de carácter unilateral “porque en principio está formado por una sola parte, el donante. Pero dicha característica no es la que le da el carácter de unilateral, sino el hecho de que genera obligaciones a cargo de una sola parte, ya que en la donación el donante se obliga a favor del donatario a darle lo que le promete, y éste no queda obligado, en cambio, a favor de aquél”.

Por su parte, PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil español, Tomo IV. Contratos*, 2ª Ed., Pamplona, 1972, pág. 13 y ss., expone cómo la naturaleza jurídica de la donación ha sido muy controvertida. El Derecho Romano la consideró uno de los modos de adquirir la propiedad, si bien sin contar con el pleno asentimiento de los jurisperitos y, especialmente, desde que se perfiló en las Instituciones de Justiniano. Son Savigny y Puchta los primeros que ponen en duda el sistema romano y consideran que “la donación, en realidad, no es una figura específica, de contornos delimitados, que sea susceptible de encasillarse dentro de un grupo especial de relaciones jurídicas; no es una causa genérica de relaciones de este orden, que irradia su poderío e influencia sobre institutos de la más variada naturaleza. Unas veces producirá sus efectos a través de un contrato; en otras ocasiones, en cambio, desplegará su eficacia a través de otros dispositivos”. Según Puig Peña el hecho de que el Cc la incluya entre los modos de adquirir la propiedad se debe sólo a razones de “respeto a la rúbrica romana”, pues en el fondo es un contrato y ello porque exige y requiere la aceptación del donatario (art. 618 y 629 Cc) y porque el régimen de las donaciones *intervivos* es el de las obligaciones y contratos de acuerdo con el art. 621.

Finalmente, SALAS CARCELLER, A., “La ineficacia obligacional de la promesa de donación”, *Repertorio de Jurisprudencia, parte Comentario*, nº 17/2008 (versión electrónica), considera que “Aunque el Código Civil regula la donación como modo de adquirir la propiedad (artículo 609) la doctrina y la jurisprudencia coinciden en calificarla como auténtico contrato que, dada su especial naturaleza, requiere la concurrencia de especiales requisitos de forma”, requisitos que puede ser la simple entrega como en las cosas muebles o la escritura pública para los inmuebles.

⁴⁸⁹ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Teoría General del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular.*, 4ª Ed. Madrid, 1983, págs. 392-393, entiende que es un “negocio de disposición que efectúa directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial, y no un negocio de obligación del que surgiría para el donatario un derecho a exigir del donante el cumplimiento de la obligación de entrega a fin de adquirir la propiedad de lo donado”. Al considerarse en el art. 609 del Código Civil como un modo de adquirir el dominio radicalmente separado de aquellos otros en los que se adquiere como consecuencia de ciertos contratos seguidos de la tradición, se está configurando como un acto que lleva en sí la fuerza traditoria. A consecuencia de ello, si el donante no entregara la cosa al momento de efectuar la donación, vendría obligado a ello, pero no como una obligación para que el donatario adquiriera el dominio, sino porque ya ha transferido el dominio al donatario y por tanto se encuentra poseyendo una cosa ajena.

Junto a este modelo de donación, que es el regulado en el Código Civil, DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS entienden que se puede admitir una donación obligacional, en el marco de la amplitud de la autonomía de la voluntad de los arts. 1254 y 1255 del Código. Se trataría de un “contrato de

Por su parte, la jurisprudencia se inclina por la tesis contractualista, pudiendo citarse como compendio de doctrina la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1999⁴⁹⁰, según la cual *“el contrato de donación, aunque regulado en nuestro Código Civil como un modo de adquirir la propiedad -artículo 609- no cabe la menor duda que ha de tener la consideración y tratamiento de un contrato y, así es casi unánime la doctrina moderna en la que predomina la concepción contractualista de la donación, que tiene su actual reflejo legislativo en el actual Código Civil alemán”*.

Por otro lado, aunque la donación se perfecciona con la aceptación del donatario, de acuerdo con el art. 629 Cc, y desde ese momento produce toda su eficacia⁴⁹¹, el

donación en el que hay un acuerdo de voluntades consistente en la asunción de una obligación del donante frente al donatario”. En este modelo, admitido por el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 1948, el donatario no adquirirá la propiedad de lo donado hasta la realización de la entrega, que puede coincidir temporalmente o no con la perfección del contrato.

La posibilidad de la donación obligacional ha sido rechazada jurisprudencialmente con posterioridad a la obra citada, en concreto, en Sentencia del Tribunal Supremo núm. 8/2008, de 24 de enero de 2008 (RJ\2008\218), que trata el supuesto, bastante frecuente en la práctica, de un convenio regulador en el que un bien ganancial se atribuye en un 50% a un cónyuge y en el restante 50% a los hijos del matrimonio, sin que llegue a otorgarse la escritura de donación. En este supuesto, el Tribunal Supremo considera que la promesa de donación es una donación *incompleta*, pues *“Esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación. Ya la sentencia de 6 junio 1908 dijo que “constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa, aunque aquella fuese aceptada, porque siendo la misma voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada por parte del donatario y en la forma y términos que establece el art. 632 CC (LEG 1889, 27)”, por lo que la de 27 junio 1914 concluía que si no hay aceptación, no hay donación. Esta doctrina ha venido siendo ratificada por sentencias posteriores entre las que cabe citar las de 25 abril 1924, 22 enero 1930 (RJ 1930, 599), 21 noviembre 1935 (RJ 1935, 2078) , que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, así como las de 22 junio 1982 (RJ 1982, 3437) , 23 diciembre 1995 (RJ 1995, 9396) , 6 febrero 1996 y 19 junio 1999 (RJ 1999, 4613) . La de 25 noviembre 2004 (RJ 2004, 7251) afirma que “ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles”. En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa de donación como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de aquélla en la que concurren todos los requisitos legales. Es un concepto inoperante sin trascendencia jurídica, porque la promesa de donación unilateral no es válida al carecer de los requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación”*.

⁴⁹⁰ Sentencia núm. 695/1999, de 31 de julio de 1999 (RJ\1999\6221).

⁴⁹¹ Debe destacarse, no obstante, la necesidad de conciliar este precepto con el art. 623, que establece la perfección de la donación en el momento en que el donante *conoce* la aceptación. Al respecto, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia núm. 371/1998, de 17 de abril (RJ\1998\2983), según la cual *“los antecedentes históricos así lo ponen de manifiesto, ya que el Anteproyecto del código Civil y Proyecto de 1851, como la primera edición (artículo 623), refieren que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante. Fue en la segunda edición del Código cuando se produjo la mutación de la redacción del referido precepto, al sustituir al adjetivo «irrevocable» por el verbo transitivo «perfecciona», con lo cual la doctrina científica mayoritaria alcanza la conclusión de que el artículo 623 ha de entenderse en el sentido de que desde el momento en que el donante conoce la aceptación de la donación, la misma se hace irrevocable, ya que la donación existe y tiene consistencia jurídica eficaz, encontrando la revocabilidad justificación al tratarse de un*

propio texto legal contempla varios supuestos en los que se puede dejar sin efecto. Estos son agrupados en el Capítulo IV del Título II bajo la denominación “De la revocación y reducción de las donaciones”, que contempla hasta tres situaciones diversas, que analizaremos separadamente:

- a. La revocación por superveniencia o supervivencia de hijos se regula en el art. 644 para permitir al donante que no tuviera hijos ni descendientes al momento de la donación, extinguirla cuando con posterioridad los tuviera (aunque sean póstumos, en cuyo caso, evidentemente, será el hijo o los herederos quienes procedan a revocar) o resulte vivo un hijo que él creyera muerto al hacer la donación. En estos casos y durante el plazo de cinco años desde el nacimiento del hijo o del conocimiento de que vivía el hijo reputado muerto, el donante (o sus herederos) podrán instar la revocación de lo donado, que habrá de ser devuelto por el donatario, o su valor, si hubiese dispuesto de ello o no pudiese ser restituido por haber perecido.
- b. La revocación por incumplimiento del modo en las donaciones modales, contemplada expresamente en el art. 647 al disponer que la donación será revocada a instancias del donante cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le hubiere impuesto, entendiendo por *condiciones* el concepto de carga o modo. La revocación tiene carácter retroactivo, al disponerse que quedarán nulas las enajenaciones o las cargas impuestas por el donatario, aunque sin perjuicio de la protección a terceros de la Ley Hipotecaria.
- c. El tercer supuesto regulado en el Código es la revocación por ingratitud, en los casos establecidos en el art. 648: comisión de un delito por el donatario contra la persona, la honra o los bienes del donante; la imputación por el donatario de un delito al donante; la negación indebida de alimentos. Debe tenerse en cuenta en este punto la interpretación jurisprudencial del concepto

acto de generosidad estrictamente gratuito, dimanante de la voluntad del oferente que puede deshacer y dejar sin efecto, y al que se pone fin cuando el donatario expresa y trasmite suficientemente su voluntad de aceptar lo que se le donó”.

de ingratitud que incluye el maltrato, de obra o psicológico, del donatario al donante⁴⁹².

De los tres supuestos de revocación analizados, resulta meridianamente claro que los dos últimos obedecen a un previo incumplimiento por parte del donatario, bien de la carga impuesta en la donación, bien de deberes implícitos en el propio concepto de donación como muestra de generosidad⁴⁹³. En definitiva, podríamos entender que estamos ante supuestos asimilables a la resolución por incumplimiento y no ante una manifestación del derecho de desistimiento.

Mayores dificultades presenta el supuesto de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos, cuyo fundamento parece ser proteger el interés del donante por la sucesión de acontecimientos imprevistos al momento de realizar la donación que tergiversan la razón por la cual llevó a cabo la misma y que, de haberlos conocido,

⁴⁹² La evolución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha ido acorde, en los últimos tiempos, con las situaciones actuales, tomando plena vigencia el criterio de interpretación conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. Es de destacar en este sentido la sentencia núm. 422/2015, de 20 de julio de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100529), que fija como doctrina jurisprudencial que “*el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código Civil*”. En la sentencia se razona que el art. 648.1 Cc admite una interpretación flexible y puede admitirse, en sentido laxo, la inclusión en el mismo de todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, siendo innecesaria una sentencia penal condenatoria previa e incluso la incoación de un procedimiento penal, bastando “*la existencia de una conducta del donatario socialmente reprochable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante*” y considerando que “*no cabe duda de que en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprochable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante. Del mismo modo que su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración hacia el donante*”.

⁴⁹³ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil español, Tomo IV. Contratos*, 2ª Ed., Pamplona, 1972, pág. 7 indica, en tal sentido, que “*Cada institución jurídica descubre en su fondo una faceta del alma humana. Unas, como el préstamo usurario, la codicia; otras, como el comodato, el sentimiento de amistad y ayuda; otras, como la renta vitalicia, la seguridad ante el porvenir; otras, como el seguro, el temor a la ruina, etc. Pero ninguna como la donación descubre el aspecto más puro de nuestros sentimientos: la bondad. Por ella, el hombre se manifiesta despojado del lastre de las sensaciones innobles; muestra su corazón sin repliegues ruines, y se manifiesta a sus semejantes bajo el propio signo de la humanidad. Por eso en las Partidas –la maravilla del siglo XIII– se decía que la donación es «bien fecho que nasce de nobleza e de bondad de corazón, cuando es fecho sin ninguna premia». Esta sustancia tan humana y tan noble de este instituto, la corrigió el Derecho desde los primeros tiempos, y disciplinó su contenido en trance de favorecerlo. Sólo quiso asegurarse de que el sentimiento era firme, y le impuso una forma; de que era espontáneo, y exigió ciertos requisitos de capacidad; de que era desinteresado, y alejó la contraprestación; de que era correspondido, y permitió –en extrema coyuntura– la revocación del beneficio. Si favoreció el amor, penó el desamor; si alentó la liberalidad, castigó la ingratitud. En ese entrecruce de sentimientos, derechos y deberes, vivificados constantemente por la Moral y la vida, perduró la institución en el campo del Derecho; y lo mismo sigue viviendo hoy, ya que el alma humana no cambia, como no cambian sus afanes y desilusiones*”.

hubieran llevado al donante a no realizarla⁴⁹⁴. Sí supondría, por tanto, un supuesto de auténtico derecho de desistimiento con el fundamento indicado.

Resulta llamativo, a nuestro entender, la no inclusión entre los supuestos de revocación de la donación de dos tipos específicos de donación que incluyen facultades del donante para la extinción, por su sola voluntad, de la donación misma. Son los supuestos de donación con cláusula de reversión y la donación con reserva de la facultad de disponer, tipos de donaciones especiales que requerirían un estudio específico por no ser el objeto concreto de este trabajo⁴⁹⁵, pero que atribuyen al donante facultades para su libre extinción.

II.2.3.2.6. El desistimiento en relaciones laborales de carácter especial.

El Derecho Laboral, creado específicamente para la protección de la parte más débil de la relación contractual –el trabajador-, limita enormemente las facultades extintivas del empresario. Sin embargo, existen determinadas relaciones laborales de carácter especial que incluyen supuestos específicos que aparecen claramente justificados.

⁴⁹⁴ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 362. Para MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., “Donación y revocación”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Vol. 2* (Coord. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.), Murcia, 2004, pág. 2963, “se parte de la premisa de que el donante no tiene hijos ni descendientes cuando realiza el acto de donación. La admisibilidad de revocar la donación se produce por entenderse con mayor fuerza la gratuidad de la figura. Este acto de empobrecimiento en que consiste la donación, probablemente no se habría efectuado por el donante, de saber que llegaría a alcanzar la condición de padre, por tener conocimiento de que podría llegar a tener descendientes o que, habiéndolos tenido y considerándolos fallecidos, llega a su conocimiento que un hijo o descendiente era vivo cuando realizó el acto gratuito de donación. Igualmente se piensa que se está ante una situación distinta de la existente cuando se produjo la donación, por lo que debe poderse replantear la realización de la misma”.

⁴⁹⁵ El primero de estos tipos de donación especial se contempla en el art. 641 del Código, que permite establecer una cláusula de reversión en favor del donante “para cualquier caso y circunstancias”. Por su parte, la donación con reserva de la facultad de disponer “de algunos de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos” se establece en el art. 639 del Código. Ambos supuestos implican dejar exclusivamente en manos de la voluntad del donante poner fin a la donación ya efectuada, lo que implica un claro paralelismo con el derecho de desistimiento analizado en este trabajo.

Así ocurre con la relación laboral de carácter especial correspondiente al servicio del hogar familiar, regulada en Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre⁴⁹⁶, que establece la posibilidad de desistimiento de la relación por parte del empleador, sometido al cumplimiento de determinados requisitos de preaviso, comunicación escrita e indemnización, que obedecen no tanto a la figura del desistimiento como a la protección del trabajador y por tanto propias del Derecho Laboral⁴⁹⁷. También se establece el desistimiento en la relación laboral de alta dirección, regulada en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto⁴⁹⁸, en términos muy similares a la anterior⁴⁹⁹.

En ambos supuestos, a pesar de tener las especialidades propias del Derecho Laboral, se trata de situaciones en las que la especial relación de confianza propia de ambas relaciones jurídicas justifica la extinción del contrato sin expresión de causa. Un ejemplo de aplicación práctica de este tipo de desistimiento lo tenemos en la sentencia núm. 178/2017, de 28 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁵⁰⁰, según la cual “*una de las peculiaridades*

⁴⁹⁶ BOE núm. 277, de 11 de noviembre de 2011.

⁴⁹⁷ Así, el art. 11 del Real Decreto exige la comunicación por escrito al empleado de hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa, y ello con la finalidad de deslindar claramente este supuesto del despido disciplinario. Además, se exige un preaviso –sustituible por una indemnización correspondiente al importe del salario de su plazo– cuya duración depende de la duración de la relación laboral y durante el cual se concede licencia al trabajador para buscar nuevo empleo. Adicionalmente a ello, al momento de comunicar la decisión extintiva, ha de ponerse a disposición del trabajador la correspondiente indemnización, que se eleva, respecto de la normativa anterior, a una cantidad equivalente al salario de doce días naturales por año de servicio. Finalmente, se prevé que la decisión extintiva no podrá llevarse a cabo respecto del empleado interno entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente, salvo que la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza, norma claramente tuitiva y propia del Derecho Laboral.

⁴⁹⁸ BOE núm. 192, de 2 de agosto de 1985.

⁴⁹⁹ Efectivamente, el art. 11 del Real Decreto permite la extinción por desistimiento del empresario con un preaviso de tres meses –sustituible por la indemnización equivalente al salario correspondiente al plazo incumplido– y con derecho del trabajador a las indemnizaciones pactadas en el contrato o, en su defecto, una indemnización de siete días de salario por año de servicio.

⁵⁰⁰ Id Cendoj: 15030340012016106785. Se trata de un asunto ciertamente curioso, puesto que la trabajadora alega que fue despedida por haber denunciado que la persona a quien cuidaba le había realizado tocamientos sexuales. El Tribunal analiza los hechos y concluye revocando la sentencia de instancia –que había declarado despido improcedente– y aceptando que estamos ante un claro supuesto de desistimiento, en los siguientes términos: “*Pues bien, dado que el motivo por el cual la trabajadora, se encontraba incómoda prestando servicios en la casa, como así le relato en la conversación había entre las partes obrante al folio 83 de los autos, y hasta el punto de que su marido fue a comunicarle a la empleadora que por tales hechos iban a acudir a un abogado, (los tocamientos de contenido sexual) el cese operado mediante el desistimiento, lejos de constituir una represalia, como considero la juzgadora de instancia, constituye una solución de la empleadora, al problema planteado, del que tiene conocimiento en ese momento, dado que con anterioridad la demandante no lo había manifestado, y se*

fundamentales del régimen especial que se asigna a la relación de trabajo de los empleados de hogar, radica en que su extinción, desde el punto de vista del dueño de casa, puede tener lugar: por despido del trabajador, o por desistimiento del empleador (art. 9, núms. 10 y 11 del Real Decreto 1620/2011 (LA LEY 21293/2011)), peculiaridad que se explica dado que la tarea desempeñada lleva de suyo, y por regla, una profunda introducción de la empleada en el círculo de mayor intimidad de la familia. Pero esa alternativa que al empresario se ofrece, y que paralelamente sufre el trabajador, en los términos que explica el art. 10, se sujeta a una exigencia igualmente sustancial: la claridad. El dueño de la casa puede, desde luego, o despedir, o desistir; pero tiene que decir con claridad que hace una cosa o la otra; En este caso no hay duda que los demandados procedieron al desistimiento de la trabajadora”.

En ambos supuestos, además, sus normas reguladoras regulan la posibilidad de dimisión por parte del trabajador, lo que constituye un verdadero desistimiento⁵⁰¹.

II.2.3.2.7. Otros supuestos de desistimiento en leyes especiales.

También se regula un derecho de desistimiento para el arrendatario en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁵⁰², que le permite, en su redacción actual⁵⁰³, desistir del contrato con un preaviso de treinta días y siempre que hayan transcurrido al menos seis meses de duración del mismo, remitiendo al pacto entre las partes la posibilidad de indemnización, que en todo caso sería de una

decide poner fin a la relación laboral por desistimiento, en evitación de tal situación, dado que dicha conducta de contenido sexual, se le achacaba al marido de la codemandada, Epifanio , (también empleador) quien padece una enfermedad de parkinson muy evolucionada, con severa afectación motora, presentando bloqueos con períodos en off muy prolongados así como trastornos conductuales e importantes con labilidad emocional habiéndole sido reconocida una gran invalidez mediante resolución del INSS do 17 de noviembre de 2010. Y estando además la otra codemandada, en situación de invalidez absoluta. Consideramos en consecuencia que por los demandados se ha logrado acreditar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable la decisión de desistir. No apreciándose la vulneración de derecho fundamental alguno”.

⁵⁰¹ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 353, si bien referido a la regulación anterior de la relación laboral de servicio del hogar familiar, derogada por el Real Decreto 1620/2011, de 11 de noviembre.

⁵⁰² BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994.

⁵⁰³ Dada por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013). En la regulación anterior, sólo era posible el desistimiento en arrendamientos de duración pactada superior a cinco años.

mensualidad de renta por cada año del contrato que reste por cumplir. Se trata de un auténtico derecho de desistimiento, si bien regulado en atención al equilibrio de intereses contrapuestos en el contrato de arrendamiento de vivienda y dentro de la política de vivienda del país, lo que determina esta normativa especial⁵⁰⁴.

Por otro lado, también se contempla la figura del desistimiento en regulación de la venta a plazos de bienes muebles, actualmente contenida en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de bienes muebles⁵⁰⁵. En efecto, el art. 9 de la norma permite al consumidor, con carácter general, desistir del contrato en los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien, si bien con la posibilidad de incluir en el contrato el pacto de indemnizar al vendedor por la eventual depreciación comercial del bien en un importe que puede llegar hasta la quinta parte del precio de venta⁵⁰⁶. Si a esto unimos que en caso de adquisición de vehículos de motor susceptibles de matriculación puede excluirse el derecho de desistimiento, resulta patente que el ámbito de aplicación del mismo es muy reducido⁵⁰⁷.

Otro supuesto de desistimiento que es analizado como tal por la doctrina es el contemplado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵⁰⁸. En efecto, en esta norma se reconocen estos derechos como indisponibles e irrenunciables, si bien en los párrafos 2 y 3 del art. 2 se establece que no se considerará la existencia de una intromisión ilegítima en su ámbito cuando medie el consentimiento expreso del titular, consentimiento posteriormente revocable. Es esta posibilidad de revocación lo que podría plantearse como un derecho de desistimiento.

⁵⁰⁴ Un estudio de conjunto de la cuestión tras la reforma de 2013, puede verse en MAGRO SERVET, V., “El desistimiento del arrendatario en los contratos de arrendamiento y sus efectos tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013, BIB 2013\1151.

⁵⁰⁵ BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

⁵⁰⁶ Además, la devolución del bien adquirido ha de hacerse en el mismo plazo de siete días y en el lugar, forma y estado en que lo recibió, libre de gastos para el vendedor. Al respecto, RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Cizur Menor, 2002, pág. 407.

⁵⁰⁷ No obstante, debe reconocerse el avance registrado en la norma respecto de su precedente, contenido en la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazo, en la que tan sólo se contemplaba la posibilidad del desistimiento por pacto expreso entre las partes.

⁵⁰⁸ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

En nuestra opinión, el supuesto es realmente alambicado, aunque muy frecuente en la Jurisprudencia⁵⁰⁹, pues en realidad es una renuncia a un derecho susceptible de revocación. De ahí que la doctrina concluya que estos supuestos *“no tienen cabida en los supuestos de desistimiento que hemos tratado, a causa de la inexistencia de relación contractual alguna que faculte a una parte a desistir de la misma. En este caso estamos ante una renuncia de derechos personalísimos permitida en el art. 6 Cc con las limitaciones de que no contraríen el interés público ni perjudiquen a terceros”*⁵¹⁰.

II.2.3.2.8. Recapitulación.

De cuanto venimos exponiendo se deduce con toda claridad que en nuestro ordenamiento jurídico se contempla la terminación de una relación contractual por la sola y libre voluntad de una parte con fundamento en la atribución *ex lege* de la facultad de extinguir la relación o en la concesión de dicha facultad por el negocio constitutivo de la obligación⁵¹¹, pudiendo llegar a concluirse que la existencia de todos estos supuestos pone de manifiesto la existencia de un principio general de nuestro Derecho de contratos.

La doctrina coincide en la existencia de ese principio general en los contratos duraderos por tiempo indeterminado, como mecanismo de protección frente a la perpetuidad de las relaciones jurídicas, siendo indisponible e irrenunciable. Debido a su fundamento en la libertad, su correcto ejercicio no puede causar daño alguno. De ahí que cuando la ley establece una facultad de desvinculación dirigida a proteger la

⁵⁰⁹ Se trata de un supuesto muy frecuente, especialmente en el caso de personas que disponen de su derecho a la propia imagen y, pasados los años, revocan el mismo cuando han adquirido cierta fama o relevancia social. Puede citarse a modo de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo núm. 266/2016, de 21 de abril (Id Cendoj: 28079110012016100262), en la que se analiza esta facultad, refiriéndose a ella en todo momento como revocación de consentimiento y nunca como derecho de desistimiento de una relación contractual.

⁵¹⁰ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 372. En idéntico sentido MUÑOZ GARCÍA, C., “Particularidades del desistimiento unilateral en el contrato de obra inmobiliaria. Derecho civil y Derecho administrativo”, *Diario la Ley*, nº 6814, 6 de noviembre de 2007 (versión electrónica), para quien *“En definitiva, estamos ante una facultad de desistir de origen legal, o bien contractual. El obligado pues, en esos casos, puede apartarse del contrato al que está sujeto, sin que se requiera para su eficacia del asentimiento de la otra parte, bastando para ello, como presupuesto de eficacia, el solo conocimiento, que sí debe darse en todo caso, en cuanto afecta al conjunto de la relación jurídica que media entre las partes en virtud del contrato”*.

⁵¹¹ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, págs. 48-49.

libertad, prohíbe taxativamente cualquier tipo de sanción o penalidad derivadas de su ejercicio⁵¹².

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha reconocido de manera general, especialmente en la sentencia de 12 de mayo de 1997⁵¹³, que en un supuesto de relación mercantil entre un perito y la aseguradora para la que prestaba servicios, estableció que *“La falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato, permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido en forma abusiva que produzca de manera necesaria daños y perjuicios a la otra parte, o si implica un aprovechamiento del trabajo ajeno, que ha de ser compensado para que no pueda existir calificación del enriquecimiento injusto”*.

Al analizar este derecho debe tenerse en cuenta la confusión terminológica que hasta épocas recientes ha existido. Así, el Legislador utiliza los términos desistir, denunciar, disolver, renunciar, rescindir, resolver y revocar de manera indistinta, para aludir a la extinción unilateral de las relaciones contractuales. La misma imprecisión se refleja en la Jurisprudencia, incluso en la actualidad, aunque debe reconocerse que en la mayoría de los casos es debido a las defectuosas alegaciones y peticiones de las partes.

Paradigmática en este sentido es la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016⁵¹⁴ que, frente a la petición de una de las partes de resolución del

⁵¹² En tal sentido, VAQUERO PINTO, M.J., “El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida”, *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, Madrid, 2006, págs. 897- 914, que cita como ejemplo las facultades conferidas respecto de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil o a distancia, frente a otros supuestos en los que, al ser el fundamento del reconocimiento del derecho el facilitar la resolución del contrato para resolver otros conflictos de derechos o en consideración a intereses prevalentes, se limita a configurar penas de arrepentimiento.

⁵¹³ Sentencia número 386/1997, de 12 de mayo de 1997, (RJ\1997\4121).

⁵¹⁴ Sentencia 672/2016, de 16 de noviembre (Id Cendoj: 28079110012016100645). La sentencia indica que *“Aunque la parte en los tres supuestos hace mención a la resolución del contrato, la realidad es que en el tercero de ellos se está en presencia de un desistimiento unilateral más que ante una resolución contractual. Ello obedece a que, ante la ausencia de una reglamentación general sobre la libre facultad de terminar una relación obligatoria, el desistimiento unilateral adolezca de una gran imprecisión terminológica, que se proyecta tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Se ha afirmado, en opinión de autoridad, que para referirse a tal facultad se habla de «denuncia», «desistimiento unilateral» o «receso» de la relación obligatoria. Si se acude al cuerpo de la demanda reconvenzional se aprecia que la distinción no ofrece dudas, pues en su caso se refiere a la resolución por incumplimiento del contrato y, subsidiariamente, por cambio de circunstancias, y en otro, con aplicación del artículo 1583*

contrato que las unía basada en la “*voluntad unilateral*” de quien insta la resolución, dedica unos párrafos a precisar que en realidad estamos ante un *desistimiento unilateral*, *denuncia* o *receso*. Entiende el Tribunal Supremo que la causa de dicha confusión terminológica radica en *la ausencia de una reglamentación general sobre la libre facultad de terminar una relación obligatoria*.

Efectivamente, a la ausencia de regulación en el Código Civil debe añadirse que las Directivas comunitarias en materia de protección al consumidor, a las que nos referiremos *infra*, tampoco han sido uniformes en la terminología utilizada y, consecuentemente, las normas nacionales de transposición han continuado con la imprecisión.

Así ocurre con la primera Directiva que hace referencia a este derecho, la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, que incluye en su artículo 5 un derecho del consumidor a *renunciar* a los efectos de su compromiso. El ejercicio de esta renuncia tendrá como efecto, de acuerdo con el párrafo segundo del precepto, “liberar al consumidor de toda obligación que resulte del contrato *rescindido*”. Se unen de este modo en un mismo precepto dos conceptos diversos, renuncia y rescisión.

Por su parte, la ley de trasposición de la Directiva, Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles - actualmente derogada e integrado su contenido en el TRLCU- hace referencia en su art. 5 al derecho del consumidor a *revocar* su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna.

La siguiente Directiva que establece un derecho del consumidor a extinguir por su sola voluntad el contrato es la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo⁵¹⁵. El artículo 8 de esta Directiva establece el derecho del consumidor a “*liberarse de las*

CC y jurisprudencia que lo interpreta, a la resolución por petición de una de las partes por tener el contrato carácter indefinido”.

⁵¹⁵ DOCE núm. L 42, de 12 de febrero de 1987.

obligaciones que haya contraído en virtud de un contrato de crédito antes de la fecha fijada por el contrato”. La ley española de transposición, Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo⁵¹⁶ -actualmente derogada- recoge en este supuesto como un *derecho de reembolso*, total o parcial, del crédito en su art. 10⁵¹⁷.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que este derecho al reembolso anticipado no es, en realidad, una modalidad de desistimiento sino más bien un supuesto en el que, por la ley y de manera excepcional, se permite a una de las partes transformar una obligación a plazo en una obligación exigible. En efecto, de acuerdo con el Código civil, las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue, estableciéndose ese plazo en beneficio de acreedor y deudor. De ahí que la Ley 7/1995 –con base en la Directiva precedente- opere como norma habilitante para excepcionar el plazo, así como que se establezcan las normas aplicables: no se podrá percibir por el acreedor, perjudicado por el pago anticipado, más que una comisión con los límites del 3% del capital anticipado (en caso de tipo fijo) o del 1,5% (en caso de tipo variable)⁵¹⁸.

Las siguientes Directivas que introducen este tipo de derechos extintivos se refieren a derechos de resolución, aunque especifican que para su ejercicio no es precisa la alegación de motivo alguno al efecto.

Así ocurre, en primer lugar, con la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de

⁵¹⁶ BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1995.

⁵¹⁷ ALVAREZ VEGA, M.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Cizur Menor, 2010, pág. 332. La introducción por la Directiva 2008/48/CEE del derecho de desistimiento supone salvaguardar las posibilidades de prevención del sobreendeudamiento. Sin embargo, la Ley 7/1995, de crédito al consumo, no reconoce el derecho de desistimiento, a diferencia de lo que sucede en otros Estados miembros, pero sí regula el reembolso anticipado del crédito.

⁵¹⁸ En tal sentido, PÉREZ GARCÍA, P., “Notas sobre la Ley de Crédito al Consumo”, *Anales de Derecho*, nº 16, 1998, págs. 383. Según la autora, estamos ante una actividad organizada y profesional, donde la retribución del capital es la base del beneficio empresarial y en el que los intereses se establecen en función del plazo pactado. De ahí que el plazo no sea indiferente a la parte prestamista y que, en principio, la anticipación del pago no es posible sin incurrir en incumplimiento, salvo que haya sido convencionalmente prevista y pactada algún tipo de contraprestación. De ahí que “*el art. 10 prevé que el daño derivado del pago anticipado (en beneficio del consumidor) se pueda ver resarcido con el establecimiento de compensaciones pero sólo para el caso de que se hayan pactado contractualmente. Ello supone una penalización convencional dentro de los límites que la Ley establece para evitar comisiones abusivas*”.

utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido⁵¹⁹, que en su art. 5 impone a los Estados miembros la obligación de incluir en sus legislaciones al respecto un derecho del adquirente a “*resolver* el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*)”. Igualmente, la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, hace referencia a un derecho de *resolución* en la denominación de su art. 6, si bien en el párrafo primero del precepto se refiere a la posibilidad de *rescindir* el contrato.

Sin embargo, la normativa española de transposición, tanto la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguladora de los derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico, que transpone la primera de las Directivas, como las diversas normas que regulan la contratación a distancia⁵²⁰, optan ya por la denominación de derecho de desistimiento.

La conceptualización más correcta de este derecho de extinción del contrato sin necesidad de alegar motivo alguno es la de derecho de desistimiento, pues los otros conceptos utilizados tanto en el Código Civil como en el resto de normativa citada resultan incorrectos. En el caso del Código Civil, se debe a su conocida falta de rigor técnico, mientras que las Directivas comunitarias se han ido dictando de manera abierta a fin de que cada Estado miembro las incorporase en su ordenamiento de la manera más acorde con el mismo.

Podemos concluir que no resulta adecuada la utilización del concepto de rescisión, que se limita a los supuestos contemplados en los arts. 1290 y siguientes del Código Civil, para referirse a contratos válidos que se extinguen unilateralmente a causa de un perjuicio ocasionado al sujeto activo, que debe venir expresamente establecido

⁵¹⁹ DOCE núm. L 280, de 29 de octubre de 1994.

⁵²⁰ Como se indicó en el capítulo I, la trasposición de la normativa comunitaria de ventas a distancia en nuestro país pasó por distintos avatares, incluyéndose la primera regulación al respecto en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, cuando aún no se había aprobado el texto definitivo de la Directiva, y siendo necesario por tanto su adaptación al texto de la Directiva, lo que se llevó a cabo mediante Ley 47/2002, de 19 de diciembre. No obstante, el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de condiciones generales de la contratación, supuso un paso atrás momentáneo al hacer referencia en su art. 4 nuevamente a un derecho de *resolución*.

por la ley⁵²¹; ni tampoco el de resolución, concepto que queda reservado para los supuestos en que se insta la extinción de una relación obligatoria por una de las partes como consecuencia del incumplimiento de la otra⁵²². En cambio, el concepto de desistimiento se equipara por la doctrina a la denuncia, si bien es un término poco utilizado en materia civil y que normativamente tan sólo se acoge en el ámbito laboral⁵²³, y a la revocación, que viene configurada como potestad legal concedida por la ley a una de las partes para extinguir el contrato unilateralmente en los casos previstos⁵²⁴.

Un intento claro de superación de estas imprecisiones en la terminología viene constituido por la definición legal del derecho de desistimiento que se contiene en el art. 68 del TRLCU, según el cual *“el derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”*.

⁵²¹ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 103. Igualmente, DE CASTRO BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Reimpresión, 1971, pág. 520.

⁵²² RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 108 considera la resolución como *“la facultad o remedio que con carácter principal o genérico otorga la ley en las obligaciones recíprocas, para resolverlas, a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento del deber a la otra asignado”*. En el mismo sentido se orienta la exposición de la figura en PARRA LUCÁN, M.A. (coord.), *Cuaderno II. Eficacia e ineficacia del contrato*. Madrid, 2010.

⁵²³ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 81 considera que la denuncia *“es el término de significado y contenido más amplio, que permite englobar en su seno a todos los demás, los cuales por distintas razones les resultan afines en su contenido, que es lo que en definitiva les permite dicho encaje”*.

⁵²⁴ RODRÍGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 116 lo define como *“una declaración de voluntad, es decir, un acto jurídico unilateral, por el que se deja sin efecto otro cuya existencia o subsistencia depende de aquella misma voluntad, ya absolutamente, ya concurriendo ciertas causas legales que hacen posible la revocación”*. Por su parte, GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., *“Derecho de desistimiento”*, en *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.), Madrid, 2011, págs. 1246, considera que *“es un mecanismo para poner fin a un contrato –o a un negocio jurídico unilateral (así, el testamento)- mediante la voluntad de uno de los contratantes –o de la única parte en los negocios unilaterales- pudiendo identificar dos supuestos de revocación, uno en los que el ordenamiento jurídico exige la concurrencia de una causa –que será la que justifique la pérdida de eficacia del contrato- y los casos, en los que no se exige una causa alguna –ad nutum-, siendo asimilables estos supuestos de revocación cuando afecten a contratos a los supuestos de desistimiento unilateral”*.

En este precepto se contienen las principales características del derecho, tal y como lo configura la doctrina⁵²⁵:

- a. Se trata de un derecho que pone fin a un contrato ya perfeccionado, superándose de este modo algunas propuestas doctrinales de configurarlo como contratos sometidos a término inicial o final o a condición suspensiva o resolutoria.
- b. Se trata de una facultad ejercitable *ad nutum*, es decir, de ejercicio potestativo, discrecional para el consumidor, que depende de la libérrima voluntad de quien lo ejercita.
- c. Es ejercitable en un breve lapso de tiempo, es decir, durante el plazo que en cada caso se establezca.
- d. Su ejercicio no puede acarrear ninguna penalización para el consumidor, por lo que resultan nulas de pleno derecho las cláusulas que impusieran algún tipo de indemnización a favor del empresario.
- e. Finalmente, si el desistimiento tiene origen legal, es una facultad irrenunciable, como se desprende del art. 10 TRLCU.

Este derecho de desistimiento que se configura legalmente en el art. 68 TRLCU, que había sido recogido de manera asistemática y confusa desde el punto de vista terminológico en el Código Civil y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había considerado como un principio general aplicable a los contratos de duración indefinida, es el cauce utilizado por el Derecho comunitario para conferir el instrumento de protección al consumidor que es objeto de análisis en este trabajo.

⁵²⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de desistimiento”, en *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.), Madrid, 2011, págs. 1246 y ss.

II.3. La introducción del desistimiento en la normativa de protección de consumidores resultante de la transposición de Directivas comunitarias.

A mediados del siglo XX, cuando la protección al consumidor se convierte en uno de los pilares del Derecho comunitario, el principio *pacta sunt servanda* ha evolucionado hasta el punto de evidenciar la autonomía del poder económico y no de los individuos, como era en su versión original. El principio, rígidamente entendido, produce consecuencias excesivamente gravosas para alguno de los sujetos de la relación jurídica, motivo por el cual la doctrina, la jurisprudencia y la política legislativa han intentado buscar la solución apropiada, dando fundamento jurídico a las facultades de revisión o resolución del contrato, tan difíciles de coordinar con el propio principio de autonomía de la voluntad⁵²⁶. En este contexto y con las vacilaciones terminológicas a que hemos hecho referencia en el apartado anterior, surge el reconocimiento del derecho de desistimiento como el principal instrumento de protección al consumidor.

El principal problema al que se enfrenta la normativa comunitaria al introducir estos derechos extintivos es la diferencia con la regulación sustantiva contenida en el Código Civil, pues aunque coincide con aquella en que permite la extinción del contrato sin justa causa, *ad nutum*, sin embargo se diferencia en que sólo se concede a una de las partes, el consumidor⁵²⁷.

La primera regulación comunitaria que reconoce este derecho se contiene en la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la

⁵²⁶ GARRIDO GÓMEZ, M.I., “Lo que queda del principio clásico *pacta sunt servanda*”, *Derecho y cambio social*, año 8, nº 25, 2011, pág. 5. Entre las manifestaciones de la debilitación del principio, la autora destaca el uso de la cláusula implícita *rebus sic stantibus*, la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación elaborada en Italia, o la teoría alemana de la base del negocio.

⁵²⁷ KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, págs. 257-259. Según la autora, “el denominador común de la regulación legal de todas estas figuras contractuales no es otro que la protección al consumidor como parte contratante más débil, y en especial –por lo que se refiere al momento perfectivo del contrato-, a la formación de su consentimiento, porque en todos los supuestos mencionados –salvo, quizás, la compraventa a plazos- éste es abordado por el empresario o vendedor mediante una serie de prácticas que le dejan frecuentemente en una situación de inferioridad, de desinformación respecto al producto que se le ofrece o de posible toma de decisiones precipitadas. La preocupación por evitar que estos métodos agresivos de comercialización se conviertan en fuente de abusos y fraudes frente al consumidor ha llevado a la intervención legislativa en prácticamente todos los países occidentales, y ha sido objeto de especial atención por la Unión Europea”.

protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, antes citada.

Según la doctrina, la Directiva no predeterminó la figura concreta que debían utilizar los legisladores nacionales para garantizar la posibilidad de desligarse del vínculo contractual⁵²⁸, incurriendo en la falta de precisión ya apuntada al referirse tanto a un derecho de renuncia como a la posibilidad de rescisión del contrato.

Esta indeterminación de la figura jurídica a adoptar por los Estados⁵²⁹, unido al carácter de mínimos⁵³⁰ de la Directiva, dio lugar a que las diversas legislaciones nacionales configurasen derechos distintos. Así, mientras que la ley alemana estableció que la declaración de voluntad del consumidor sólo sería eficaz si no era revocada en el plazo de una semana –lo que implica un contrato perfeccionado pero sometido a condición suspensiva-⁵³¹, la ley italiana configuraba un derecho de “*recesso*” que implicaba un contrato perfecto y que causaba efectos pero que sin embargo se podía extinguir por voluntad de una de las partes y sin alegar causa alguna⁵³². Finalmente, la

⁵²⁸ KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, págs. 263-264.

⁵²⁹ El preámbulo de la Directiva parte de que “*conviene conceder al consumidor un derecho de rescisión durante un período de siete días, como mínimo, con el fin de ofrecerle la posibilidad de considerar las obligaciones que resultan del contrato*” y ello porque estos contratos “*se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, del comerciante y que el consumidor no está, de ningún modo, preparado para dichas negociaciones y se encuentra desprevenido; que frecuentemente, no está en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas*”. Sin embargo, al acometer la regulación de la figura, el art. 4 alude a “*un derecho a rescindir el contrato*”, mientras que el art. 5 se refiere a que “*el consumidor tendrá el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso*”, añadiendo finalmente el art. 7 que “*si el consumidor ejerciere su derecho de renuncia, los efectos jurídicos de la renuncia se regularán de acuerdo con la legislación nacional*”. Evidentemente, los Estados tenían una amplia capacidad de configuración en el derecho reconocido en la Directiva.

⁵³⁰ Se establece expresamente en el art. 8 de la Directiva que la misma no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aún más favorables en materia de protección a los consumidores en el ámbito amparado por ella.

⁵³¹ En tal sentido, KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, págs. 266 y ss. Para esta autora, “*el derecho de revocación se califica como potestad de configuración unilateral, que afecta a la declaración de voluntad, ya emitida, del propio consumidor. Durante el periodo suspensivo, las partes no pueden exigir el cumplimiento de las respectivas prestaciones, salvo en el caso –previsto en el § 2- de que se haya omitido el deber de informar al cliente sobre su derecho de revocación; entonces el plazo para ejercitarlo es de un mes, que comienza a contar desde el momento en que ambas partes hayan cumplido totalmente sus obligaciones*”.

⁵³² En tal sentido, KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, págs. 271 y ss. La ley italiana acude a su propio Código civil, que en el art. 1373 regula esta figura, rechazando así acudir a una nueva construcción y optando por una facultad ya existente, aunque la Directiva especificara detalladamente determinadas consecuencias de su ejercicio. Así, en este caso, el contrato se perfecciona y surte sus efectos cuando el consumidor acepta la oferta del otro contratante, permitiéndose la entrega de mercancías y el pago por parte del consumidor. El ejercicio del derecho de desistimiento afectará a la

ley francesa configuró un derecho de retractación que suponía la prohibición de ejecución de prestaciones contractuales durante el período establecido⁵³³.

En nuestra opinión, quizá la razón de la redacción ambigua de la Directiva radicó en la timidez del Legislador comunitario de 1985, que por primera vez establecía esta facultad y que por tanto, quería dejar libertad a los Estados para que la integrasen en sus respectivos ordenamientos jurídicos en la figura jurídica que estimaran más conveniente. Esta opción comunitaria provocó esas incoherencias entre las legislaciones de los diversos Estados y ha llevado a su modificación en la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que ya desde su Preámbulo manifiesta su voluntad de unificar el régimen del derecho de desistimiento para los diversos supuestos de contratos que regula⁵³⁴.

Dejando a un lado la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo, que en su art. 8 establece el derecho a liberarse de las obligaciones contraídas antes de la fecha fijada, la siguiente Directiva comunitaria protectora de los consumidores fue la 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados⁵³⁵. En ella se hace aún más patente

relación contractual, liberando a las partes de sus respectivas obligaciones con carácter retroactivo, lo que lleva a que se restituyan las respectivas obligaciones.

⁵³³ En tal sentido, KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, págs. 274 y ss. Según la autora, la norma francesa prohíbe terminantemente que el empresario reciba cualquier cantidad de dinero por cualquier motivo, y aunque la doctrina ha elaborado numerosas construcciones jurídicas, se disocian el momento de la perfección y el momento de la ejecución, lo que permite deducir que el contrato no es obligatorio mientras no sea ejecutable.

⁵³⁴ El Considerando 2 del Preámbulo de la Directiva, establece que las Directivas 85/577/CE y 97/7/CE, han sido reexaminadas a la luz de la experiencia adquirida para simplificar y actualizar las normas aplicables, así como eliminar incoherencias y lagunas no deseadas. De ahí que la nueva Directiva fije normas estándar para los aspectos comunes de los contratos a distancia y fuera del establecimiento, imponiendo una armonización máxima. En el apartado 37 del Preámbulo se hace referencia al derecho de desistimiento como instrumento común a ambos tipos de contratos. Así, se establece que “*dado que en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento. Por el mismo motivo, el consumidor debe estar autorizado a probar e inspeccionar los bienes que ha comprado en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de los bienes En cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento, debe permitirse al consumidor que ejerza un derecho de desistimiento, ya que puede haber un elemento sorpresa o presión psicológica. El ejercicio del derecho de desistimiento debe poner fin a la obligación de las partes contratantes de ejecutar el contrato*”.

⁵³⁵ DOCE núm. L 158, de 23 de junio de 1990.

esa falta de decisión del Legislador comunitario a la hora de reconocer un auténtico derecho del consumidor a extinguir el contrato *ad nutum*.

En efecto, tras reconocer en su Preámbulo la necesidad de dotar de protección al consumidor de productos turísticos, alude a dos derechos del mismo: por un lado, la facultad, en determinadas circunstancias, de transferir la reserva de un viaje combinado hecha por él, a un tercero interesado; por otro, la facultad, en determinadas circunstancias, de rescindir, antes de la salida, el contrato relativo a un viaje combinado.

Sin embargo, en el articulado sólo se recoge la primera de las facultades en el art. 4.3 de la Directiva⁵³⁶, estableciendo tan sólo un supuesto de *rescisión* a favor del consumidor en el caso de modificación de un elemento esencial, tal como el precio, por parte del organizador del viaje. Esta falta de concreción, unido al carácter de mínimos de la Directiva establecido en su art. 8, permitió al Legislador español introducir un derecho de desistimiento a favor del consumidor en el apartado 4 del artículo 9 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados⁵³⁷. No obstante, a pesar de que se faculta al consumidor para *desistir* de los servicios solicitados o contratados, no estamos ante un verdadero derecho de desistimiento⁵³⁸, como ha tenido ocasión de destacar la doctrina⁵³⁹.

⁵³⁶ Según el cual, cuando el consumidor tenga algún impedimento para participar en el viaje combinado, podrá ceder su reserva –tras haber informado al organizados o al detallista en un plazo razonable antes de la salida- a una persona que reúna todas las condiciones requeridas para el viaje combinado, siendo en tal caso responsables del pago del servicio tanto el cedente como el cesionario, así como de los gastos adicionales que pueda haber causado la cesión.

⁵³⁷ BOE núm. 161, de 7 de julio de 1995.

⁵³⁸ Y ello porque el precepto establece que en caso de desistimiento el consumidor podrá obtener la devolución de las cantidades abonadas, pero a cambio habrá de indemnizar al organizador o detallista en diversas cantidades que incluyen los gastos de gestión y de anulación si los hubiera, así como una penalización cuyo importe varía según el momento de antelación a la fecha del comienzo del viaje en que se ejercite la facultad extintiva. Se prevé también como excepción que no habrá lugar a pago alguno a cargo del consumidor cuando el desistimiento tenga lugar por causa de fuerza mayor, lo que evidencia que no estamos ante un verdadero derecho de desistimiento.

⁵³⁹ BELUCHE RINCON, I., “La deficiente protección del consumidor de viajes combinados en el Derecho Español”, en *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico (Actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, (Coord. ALVAREZ RUBIO, J.; dir. TOMILLO URBINA, J.L.), Cizur Menor, 2011, págs. 247-253. Para la autora, el hecho de que pudiera hacerlo en cualquier momento, así como la obligación indemnizatoria que habría de soportar impiden considerar que estemos ante un derecho de desistimiento. Tras la cita de diversas opciones mantenidas por otros autores, como cláusula penal, multa penitencial o incluso arras penitenciales nacidas *ex lege*, concluye que estaríamos ante un supuesto similar al establecido en el art. 1594 Cc para el arrendamiento de obra.

En la actualidad, debe tenerse en cuenta que la Ley 21/1995 fue derogada por el TRLCU, que incluyó en su articulado esta facultad en el art. 160, en el que ya no se refiere a la facultad de desistir sino a la de *dejar sin efecto* el contrato. Sin embargo, no es infrecuente el dictado de resoluciones judiciales que utilizan dicho precepto como base de un derecho de desistimiento⁵⁴⁰.

Además, la Directiva 90/314/CEE ha sido sustituida por la Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo⁵⁴¹, que deberá ser transpuesta al ordenamiento nacional antes del 1 de enero de 2018. En esta norma, el art. 12 contempla dos supuestos que denomina como derechos de desistimiento: el párrafo 1 contempla el supuesto que permite al viajero poner fin al contrato en cualquier momento antes del inicio del viaje, en cuyo caso podrá exigírsele que pague al organizador una penalización por terminación que sea adecuada y justificable; el párrafo 2 establece el mismo derecho sin pagar ninguna penalización en los casos en que concurran circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino. Sin embargo, a nuestro parecer, ninguno de los dos supuestos supone un auténtico derecho de desistimiento⁵⁴².

⁵⁴⁰ En tal sentido, podemos citar la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 8 de febrero de 2016 (ID CENDOJ 33044370062016100038), según la cual el art. 160 “*consagra el derecho de desistimiento del consumidor de un viaje combinado, aun cuando con límites y condiciones que endurecen progresivamente en función de la proximidad que exista entre el momento en que comunique su decisión al organizador del viaje y la fecha de partida, en lógica consonancia con los mayores perjuicios que para el empresario genera un menor margen de reacción ante ese imprevisto*”. En el asunto de autos, se trataba de unos consumidores que habían contratado un viaje a Vietnam para el 11 de noviembre de 2013 y que proceden a su cancelación pues en los días previos el tifón llamado Haiyan había azotado las islas Filipinas y se desplazaba, según los pronósticos, hacia Vietnam, cuyo gobierno había impuesto como medida precautoria la evacuación de la franja costera. Finalmente, el tifón perdió intensidad y se convirtió en una tormenta tropical, una inclemencia habitual y perfectamente previsible en esa época del año. La sentencia estima el recurso y da la razón a los consumidores pues la “*resolución unilateral*” (sic.) del contrato se hizo con base en la información de que disponían en aquel momento, sin que sea necesario “*que los viajeros se expongan a riesgo para su vida o para su integridad física, ni que soporten incomodidades extraordinarias, como las que seguramente habrían tenido que sufrir si el tifón hubiera mantenido la trayectoria e intensidad pronosticadas*”.

⁵⁴¹ DOCE núm. L 326, de 11 de diciembre de 2015.

⁵⁴² No es posible extender el contenido de este trabajo a esta cuestión, que excede los límites del mismo. Sin embargo, sí parece evidente que no estamos ante un derecho de desistimiento en el primer caso por

En 1994, se promulga la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, antes citada, que reconoce a un derecho del adquirente de este tipo de derechos a “*resolver el contrato sin alegar motivos (ad nutum)*”.

Este derecho de resolución, constituye un verdadero derecho de desistimiento, como se desprende con claridad del Preámbulo de la Directiva. Así, en el considerando 11 del mismo, se indica que con la finalidad de permitir al adquirente la posibilidad de evaluar mejor las obligaciones que se derivan del contrato, debe concedérsele un plazo para resolverlo “*sin alegar motivo del contrato*”, añadiendo el considerando nº 12 que para afianzar la protección del adquirente y que pueda decidir libremente, procede prohibir los anticipos de pago del precio antes de la expiración de dicho plazo.

De ahí que la normativa de transposición, Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguladora de los derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico, opte ya por la denominación de derecho de desistimiento en su art. 10, si bien ampliando su plazo de ejercicio a diez días desde la firma del contrato y con la consecuencia de que, si se ejercita, el consumidor no habrá de abonar indemnización o gasto alguno.

Debe tenerse en cuenta que ya en ese momento, en nuestro ordenamiento jurídico, se había optado por la figura del derecho de desistimiento, desde la promulgación de la LOCM, cuyo art. 44 configuró el precedente de la actual regulación general del derecho de desistimiento, anticipando la normativa comunitaria de protección del consumidor en los contratos a distancia⁵⁴³. Y ello a pesar de que la

poderse ejercitar en cualquier momento y sujeto a penalización; mientras que en el segundo supuesto, estamos ante un supuesto que podría calificarse de “rescisión”, en el sentido que se desprende de la definición de DE CASTRO: un negocio rescindible es “*un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado*”.

⁵⁴³ Debe recordarse a tal efecto que el Legislador español introdujo en la tramitación parlamentaria de la LOCM el proyecto de Directiva sobre contratación a distancia vigente en aquel momento, que se incorporó en su Capítulo II del Título III, dedicado a las ventas a distancia. Con posterioridad, y dado que el texto final de la Directiva 97/7/CE resultó diferente del incluido en la LOCM, fue necesaria la promulgación de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la

Directiva sobre contratos a distancia, de 1997, aún mantenía dudas terminológicas, como expusimos en el capítulo I de este trabajo.

Será sólo a partir de 2008, con la aprobación de las Directivas que derogan a las anteriores en materia de crédito al consumo y contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, cuando se generalice el uso del término “*derecho de desistimiento*” en la normativa comunitaria.

De este modo, la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo⁵⁴⁴, establece en su art. 14 un derecho de desistimiento que el prestatario puede ejercitar sin indicar el motivo y que se configura en condiciones similares al derecho establecido en la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁵⁴⁵.

La siguiente Directiva, también de 2008, Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio⁵⁴⁶, incluirá también un derecho de desistimiento en su art. 6, sin necesidad de justificación de ningún tipo y prohibiéndose la percepción de cualquier modalidad de anticipo por parte del empresario.

A partir de este momento, la categoría del derecho de desistimiento toma forma en el Derecho comunitario y es objeto de regulación en las posteriores Directivas, especialmente en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25

Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias. Finalmente, esta regulación fue refundida en 2007 en el TRLCU, que en el capítulo II del Libro II contiene el régimen jurídico general del derecho de desistimiento.

⁵⁴⁴ DOUE núm. L. 133, de 22 de mayo de 2008.

⁵⁴⁵ En tal sentido se manifiesta el apartado 34 del Preámbulo de la Directiva, según el cual para aproximar las modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento en ámbito similares, debe establecerse un derecho de desistimiento sin penalización ni obligación de justificación, en condiciones similares a las de la Directiva 2002/65/CE.

⁵⁴⁶ DOUE núm. L 33, de 3 de febrero de 2009.

de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, donde es objeto de la regulación más detallada con que contamos hasta este momento.

De todo lo anterior, podemos concluir que el Legislador comunitario, al objeto de proteger al consumidor y, de este modo, conseguir la realidad del mercado único, le atribuyó el derecho a extinguir unilateralmente, sin causa y sin penalización de ningún tipo, las relaciones obligatorias de los contratos que fue regulando. Podríamos decir que la evolución de las normas comunitarias ha pasado por tres etapas distintas:

- a. Una primera etapa de completa ambigüedad, en la que se hace referencia a un derecho de resolución o de rescisión o incluso de denuncia, que comenzaría en 1985 y abarcaría hasta mediados de la primera década del siglo XXI. En nuestra opinión, en ese momento se estaba actuando de modo intencionado para dejar a los Estados miembros la opción de encajar la figura en sus esquemas tradicionales internos de la forma que tuvieran por conveniente. Posición ésta acorde con la armonización de mínimos que las Directivas presentan en ese momento inicial.
- b. Una segunda etapa en la que ya los Estados miembros y la doctrina han acogido el concepto de derecho de desistimiento, incluyéndose ya en las Directivas que se aprueban en ese momento una referencia directa a esta figura. Se inicia en 2008 y tiene su máximo exponente en 2011, con la aprobación de la Directiva sobre los derechos de los consumidores.
- c. Finalmente, nos encontramos en una última etapa, en la que el concepto de derecho de desistimiento, a fuerza de su utilización, va difuminando los perfiles nítidos que tenía, siendo extendido ahora a otros supuestos que en realidad no serían ya verdaderos derechos de desistimiento, pero que se denominan de este modo, sin duda, por el ansia del Legislador de extender la protección a los consumidores de una figura que ha sido de gran utilidad al respecto. Así ocurre con la Directiva de 2015 sobre viajes combinados.

**CAPITULO III.- EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LA
COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS PARA
CONSUMIDORES: SU RÉGIMEN JURÍDICO.**

III.1. Introducción.

El derecho de desistimiento reconocido en la normativa sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores se encuadra en el régimen general del derecho de desistimiento establecido en el TRLCU y éste, a su vez, tiene su origen en la introducción por las Directivas comunitarias en nuestro Ordenamiento jurídico de una facultad conferida en exclusiva al consumidor para extinguir, en un plazo muy reducido y sin la alegación de causa alguna, determinadas relaciones jurídicas.

Es el momento, por tanto, de abordar el régimen jurídico del derecho de desistimiento, si bien es preciso antes analizar qué justifica su atribución al consumidor -es decir, su fundamento jurídico- así como su naturaleza jurídica, extremos estos que nos permitirán comprender mejor su regulación concreta.

III.2. Fundamento jurídico.

Cuando utilizamos la expresión fundamento jurídico, nos estamos refiriendo a la necesidad de conocer el *porqué* y el *para qué* de una institución⁵⁴⁷. Es preciso conocer los motivos que llevaron al Legislador a regular una determinada figura jurídica para poder comprender el régimen jurídico dispuesto al efecto, así como para integrar las lagunas normativas o incluso las dudas interpretativas que puedan surgir sobre las normas establecidas. De ahí que debamos hacernos la pregunta de cuál es la finalidad de conceder a una de las partes de una relación contractual libremente contraída la facultad unilateral de ponerle fin.

Paradójicamente, la razón por la que se concede a una de las partes el derecho a extinguir unilateralmente una relación jurídica nacida de su libertad contractual es precisamente proteger la propia libertad contractual⁵⁴⁸. Desaparecidos los presupuestos

⁵⁴⁷ No debemos olvidar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, versión electrónica – consultada 25/02/2017- recoge como primera acepción de la palabra fundamento la de “*principio y cimiento en que estriba y sobre el que se apoya un edificio u otra cosa*”, perfilándose en la cuarta como “*raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza algo no material*”.

⁵⁴⁸ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 208, 1993, pág. 590 considera que “*del mismo modo que el Ordenamiento tiene que velar para que los empresarios competidores puedan efectuar sus ofertas*

de hecho propios de la Codificación, en el marco de una economía en la que a menudo la demanda no precede a la producción, sino que es ésta la que da lugar al consumo, se hacen necesarios nuevos instrumentos que garanticen una auténtica libertad contractual ante unos mecanismos de contratación que no responden al modelo codificado⁵⁴⁹.

La primera manifestación del derecho de desistimiento introducida en nuestro Ordenamiento jurídico para trasponer el Derecho comunitario, viene constituido por el derecho de revocación establecido y regulado en el art. 5 de la Ley 26/91, sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil⁵⁵⁰. La finalidad de la norma era la trasposición de la Directiva 577/85, de 20 de diciembre, del mismo título, que a su vez pretendía ordenar una práctica comercial singular caracterizada por la iniciativa del empresario que, lejos de esperar pasivamente en su establecimiento, abordaba al consumidor en su domicilio o lugar de trabajo para ofrecerle un producto que no había sido demandado previamente por el eventual cliente⁵⁵¹. Es precisamente la utilización

económicas en una situación concurrencial de lealtad, es a su vez preciso velar para que los consumidores puedan realizar una elección libre y fundamentada de las prestaciones ofrecidas en el mercado. Ello significa que uno de los aspectos en los que debe traducirse la tutela del consumidor es el de la protección de su libertad de decisión negocial o lo que es lo mismo, se su derecho a elegir”.

⁵⁴⁹ En tal sentido, GALLEG0 DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de desistimiento”, en *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.), Madrid, 2011, pág. 1257. Según el autor, la finalidad del derecho de desistimiento concedido por algunas Leyes especiales a los consumidores radica en establecer un mecanismo que garantice la existencia de una auténtica voluntad contractual en atención a las especiales circunstancias de contratación o de posible falta de información contractual, reconociéndose por tanto en casos en los que el consentimiento se forma en circunstancias que hacen que se adopte una decisión, al menos parcialmente, a ciegas, con cierta desinformación y/o presionados por agresivas técnicas de venta.

⁵⁵⁰ El art. 5, denominado “ejercicio del derecho de revocación” establece que el consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción, no estando sujeto a forma alguna, aunque corresponde al consumidor probar que lo ha ejercitado en los términos establecidos. El art. 6, denominado “Consecuencias del ejercicio del derecho de revocación”, establece que una vez ejercitado el derecho, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil, así como que su ejercicio no implicará gasto alguno para el consumidor.

⁵⁵¹ Muy expresivas al respecto resultan las palabras de MIRANDA SERRANO, L. M., *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid, 2001, págs. 13-14: “Las tiendas o establecimientos mercantiles han dejado de ser los únicos recintos donde tienen lugar los encuentros comerciales de los empresarios con sus clientes. Lo eran en el —ya superado— modelo tradicional o preindustrial de distribución comercial, propio de una economía agraria, artesanal y de pequeños comerciantes, que adoptaban en sus relaciones comerciales con la clientela una actitud tranquila, natural y sosegada, limitada a ofertas sus productos en (dentro de) sus establecimientos (o casas) comerciales y a esperar que los consumidores acudieran a ellos a fin de procurar la satisfacción de sus necesidades adquisitivas. Pero esta situación comenzó a desdibujarse poco a poco a partir de la Revolución Industrial. Los importantes cambios tecnológicos y técnico-empresariales que con ella empezaron a tener lugar en la Sociedad y en la Economía supusieron una modificación paulatina pero sustancial de las relaciones entre los productores, comerciantes y

de estas técnicas agresivas de venta lo que justifica la atribución del derecho de extinción del contrato conferido al consumidor.

Así se reconoce en la propia Directiva, cuyo Preámbulo es sumamente clarificador al respecto. En efecto, tras reconocer la existencia de la práctica comercial consistente en que la celebración de contratos se lleve a cabo fuera de los establecimientos comerciales y constatar que la desigualdad entre las legislaciones de los Estados miembros podría afectar al funcionamiento del mercado común, concluye que *conviene conceder al consumidor un derecho de rescisión durante un período de siete días, como mínimo, con el fin de ofrecerle la posibilidad de considerar las obligaciones que resultan del contrato*⁵⁵². Y ello por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque la iniciativa parte del empresario y el consumidor se encuentra desprevenido y no preparado para la negociación; y en segundo lugar, porque la situación en que se genera no le permite comparar la calidad y precio de la oferta con otras de otros empresarios.

La evolución posterior de la economía y la sociedad ha llevado a que la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que deroga la de 1977, considere como fundamento del derecho de desistimiento el elemento sorpresa o presión psicológica que pueda sufrir el consumidor al realizar este tipo de contratación⁵⁵³. Resulta destacable, en tal sentido, que aunque el factor

distribuidos y los consumidores y usuarios. Si hasta ese momento histórico, en efecto, tales relaciones habían sido, por regla general, sosegadas y tranquilas, a partir de ahora serán cada vez más agresivas o compulsivas, merced a las nuevas actitudes concurrenciales y comerciales que se ve abocada a adoptar la clase empresarial para asegurar su subsistencia económica en un mercado en el que comenzaba ya a vislumbrarse en cierto grado de desarrollo industrial. La figura del comerciante pasivo en la captación de la clientela –tan propia del modelo tradicional o preindustrial de prácticas comerciales– será poco a poco reemplazada por la del comerciante activo o dinámico que, a fin de aumentar su volumen de contratación, no dudará en desplegar toda suerte de estrategias comerciales, muchas de las cuales funcionarán en la práctica como técnicas de acoso frente a los consumidores, manipuladoras de su psique individual y colectiva. Una de estas estrategias llevara al comerciante a abandonar su establecimiento mercantil como lugar de encuentro comercial con la clientela y a lanzarse a la caza y captura de potenciales clientes en cualesquiera lugares donde se encuentren y, muy destacadamente, en sus domicilios y centros de trabajo”.

⁵⁵² Según el propio Preámbulo, su antecedente más directo es la Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores (DOCE nº C 92/16, de 25.04.75, pág. 75 y ss). En este programa, incorporado como Anexo a la resolución, se incluye como acciones prioritarias, entre otras, la consistente en proteger a los consumidores contra las prácticas comerciales abusivas, en particular en diversos ámbitos, entre los que se encuentran las ventas a domicilio.

⁵⁵³ Así se indica en el Preámbulo de la Directiva, Considerando 37, que limita de este modo el fundamento del derecho que confiere al consumidor. Contrasta esta limitación en cuanto a su fundamento

sorpresivo ha sido eliminado del concepto de contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, la Directiva entiende que siempre que estemos ante este tipo de contratos existirá un *déficit de voluntad* en el consumidor que le hace merecedor de la protección especial que consagra con el derecho de desistimiento⁵⁵⁴.

Por lo que respecta al otro ámbito en el que tradicionalmente se ha conferido un derecho de desistimiento, la contratación a distancia, el fundamento reside en la asimetría de información entre empresario y consumidor⁵⁵⁵. Así se desprende del apartado 14 del Preámbulo de la Directiva 1997/7/CE, relativa a la protección a los consumidores en materia de contratos a distancia, según el cual “*el consumidor no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato*”, por lo que resulta conveniente el establecimiento del derecho de rescisión –en la terminología adoptada por la propia Directiva- que se le reconoce. Se trata de lo que la doctrina denomina déficit de información del consumidor, pues éste sólo conoce el producto por la presentación comercial que hace el

con la ampliación del objeto de este tipo de contratos, que se aborda en el apartado 21 del Preámbulo, que considera que puede existir ese elemento de sorpresa o una posible presión psicológica incluso en los casos en que el propio consumidor haya solicitado la visita del comerciante. Incluso se extiende la protección a aquellos casos en que se establece contacto personal e individual con el consumidor fuera del establecimiento aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el establecimiento mercantil del comerciante o a través de un medio de comunicación a distancia.

⁵⁵⁴ En efecto, de acuerdo con lo indicado en la nota anterior, la definición de contrato celebrado fuera del establecimiento, contenida en el art. 2 de la Directiva, incluye aquellos celebrados en el establecimiento o a distancia *inmediatamente* después del contacto personal e individual entre empresario y consumidor fuera del establecimiento. Lo mismo se recoge en el art. 92.2 del TRLCU tras la modificación operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. La eliminación del elemento sorpresivo en la definición de contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil ha sido objeto de análisis doctrinal por MIRANDA SERRANO, L.M., “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 11, 2012, págs. 92-93. En el mismo sentido, SERRANO CAÑAS, J.M., “La nueva caracterización legal de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles proveniente de la Directiva 2011/83/UE: ¿la superación del elemento sorpresivo?”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio (Ponencias y Comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino)*, (Coord. MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J., PINO ABAD, M.), Madrid, 2015, pág. 198.

⁵⁵⁵ EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, CAMARA LAPUENTE, S. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coord.), Madrid, 2012, pág. 117: “*el derecho a desistir de un contrato celebrado a distancia que se concede por la Directiva de contratación a distancia no puede justificarse con el argumento de garantizar el proceso de toma de decisiones racionales en circunstancias adversas. Más bien su fundamento está en compensar las asimetrías de información que existen entre las partes. La idea es que debería permitirse a los consumidores la oportunidad de inspeccionar físicamente el objeto que quieren adquirir antes de incurrir en un compromiso vinculante*”.

empresario mediante catálogos, imágenes televisivas o páginas web, donde pueden existir diferencias con el producto real⁵⁵⁶.

Debe ponerse de manifiesto, por otro lado, que algún sector de la doctrina va más allá en cuanto al fundamento de este derecho de desistimiento, al considerar que no se trataría tanto de falta de información –muy abundante y accesible por vía electrónica– como de asegurar el concepto de *conformidad* en las adquisiciones por consumidores, que integraría el concepto de cumplimiento. Sólo se cumple la obligación cuando el acreedor de la misma la recibe de conformidad y de ahí que para proteger ésta se conceda el derecho de desistimiento⁵⁵⁷.

Sin embargo, la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores sigue insistiendo en el Considerando 37 de su Preámbulo en fundamentar el derecho de desistimiento en que el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato y en que debe estar autorizado a probar e inspeccionar los bienes que ha comprado en la

⁵⁵⁶ SERRA RODRIGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación* (PLAZA PENADES, J. Dir.), Cizur Menor, 2013, pág. 242.

⁵⁵⁷ Para PINOCHET OLAVE, R., *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Madrid, 2001, págs. 224 y ss., uno de los fundamentos del derecho de desistimiento es el desarrollo experimentado en los últimos años del concepto de conformidad, que se entiende como elemento integrador del cumplimiento, que de acuerdo con el Código Civil ha de reunir los caracteres de integridad e identidad, entendida ésta como correspondencia entre la prestación debida y la prestación pagada con base en el art. 1166 del referido texto legal. En el mismo sentido, la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L. 171, de 7 de julio de 1999), define en su art. 2 el concepto de conformidad, que incluye que los bienes adquiridos se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y posean las cualidades que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo. Concluye el autor que “*debido a la desproporción de fuerzas de los contratantes y a las agresivas campañas de marketing y publicidad que desarrollan las empresas, las características de un producto pueden verse distorsionadas, logrando que el consumidor espere una serie de atributos de los bienes y servicios que consume, no objetivos, que pueden ser factor determinante de la decisión de compra, y que deberán ser satisfechos finalmente; en caso contrario, podrá estimarse que el comerciante no ha cumplido entregando lo que ha ofrecido, debiendo quedar a su riesgo y responsabilidad el hecho de que el producto ofrecido y publicitado no cumpla, en definitiva, las expectativas que ciertamente ha provocado en la psiquis del consumidor. Es por ello que unos días de reflexión, sin el influjo de la campaña de marketing o publicidad, deberá llevar al consumidor a determinar la coincidencia real o no las características –objetivas y subjetivas– ofrecidas en el producto, pudiendo en el segundo caso desistir del contrato cumpliendo los requisitos y condiciones que impone la Ley, por entenderse que ha existido una especie de incumplimiento, al haber fracasado la conformidad en el pago por parte del consumidor*”. En cualquier caso, en nuestra opinión, el principio de conformidad da lugar en realidad al derecho de garantía, que es distinto del derecho de desistimiento. El primero, en realidad, no supone una extinción del contrato *ad nutum*, sino una resolución por un incumplimiento de la otra parte; de ahí que no se aplique el reducido plazo del desistimiento ni tampoco sus normas en cuanto a la asunción de determinados gastos por parte del consumidor. Es cierto que el derecho de desistimiento es más fácil de utilizar por el consumidor, pero en ningún caso se confunde con el derecho de garantía y por tanto, en la práctica, deberá valorarse en cada caso si resulta más aconsejable para el consumidor el ejercicio de uno u otro.

medida suficiente que le permita la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de los bienes.

Esta fundamentación legal resulta insatisfactoria, pues parece olvidar que también se reconoce un derecho de desistimiento en los contratos a distancia relativos a la prestación de servicios, en los que por definición no se puede ver ni probar el objeto del contrato antes de su ejecución.

De ahí que la doctrina busque otros fundamentos, pudiendo encontrarse dos líneas distintas entre los autores que se han ocupado de la cuestión. Una primera posición, muy apegada a la literalidad de las normas, se reafirma en la consideración del derecho de desistimiento como un mecanismo de protección al consumidor⁵⁵⁸. Incluso, se ha escrito que todo este tipo de opiniones - posibilidad de remediar supuestos de incumplimientos del vendedor por no ser lo entregado acorde con lo ofertado o tener vicios, defectos o desperfectos derivados de un embalaje defectuoso o de un trato inadecuado en el envío del producto o mercancía o la necesidad de paliar otros déficits de la contratación a distancia, tales como las dificultades de reclamación y de exigencia de cumplimiento con que se encuentra el consumidor- sólo afectan a aspectos parciales del problema, siendo el denominador común la necesidad de hacer frente a la situación de debilidad en que puede encontrarse el consumidor⁵⁵⁹. En esta misma línea debe incluirse a aquellos que lo califican como un mecanismo para remediar el sobreendeudamiento del consumidor, ocasionado por la adquisición innecesaria de

⁵⁵⁸ En esta línea se sitúa MIRANDA SERRANO, L.M., “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 11, 2012, págs. 105-106; también SERRA RODRIGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación* (PLAZA PENADES, J. Dir.), Cizur Menor, 2013, págs. 242-243.

⁵⁵⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Artículo 68. Contenido y régimen del derecho de desistimiento. Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, pág. 618, quien añade que “*teniendo en cuenta la situación de desequilibrio que puede afectar a una y otra parte contratante, el legislador pretende conseguir un mayor equilibrio permitiendo al consumidor desligarse del vínculo contractual en determinados casos. No obstante, como se ha señalado, la posible sobreprotección que, teóricamente, puede suponer el reconocimiento de este derecho para el consumidor, queda matizada por la brevedad del plazo establecido y por los criterios aplicables a la liquidación consiguiente del ejercicio del derecho de desistimiento*”.

bienes o servicios o por la asunción de obligaciones superfluas que comprometen su patrimonio futuro⁵⁶⁰.

Existe, de otro lado, un grupo de autores que centran su atención, al analizar el derecho de desistimiento, en el papel que juega en la protección de la competencia empresarial y el fortalecimiento de las modalidades de contratación en que se concede. Se trataría, en tal caso, de una institución que fortalece el canal de distribución y que de ese modo constituye una protección interna de los agentes del sector del comercio minorista que incrementa de ese modo sus posibilidades de ampliar el volumen de ventas⁵⁶¹. En esta misma línea se posicionarían también quienes lo configuran como un

⁵⁶⁰ En este sentido, ALVAREZ VEGA, M.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Cizur Menor, 2010, pág. 330 y ss. Para esta última autora, “la sociedad ha pasado de un consumo de subsistencia o necesidad, a un consumo desmedido en la abundancia e inflexible en la inmediatez. A estas circunstancias, se añade la proliferación de técnicas agresivas de comercialización de productos y servicios –frente a las cuales parece que el Ordenamiento jurídico ha empezado recientemente a reaccionar- que supone que el consumidor se vea importunado, incluso en su propio domicilio, por una incesante invitación a contratar y, por lo tanto, a consumir”, añadiendo que “estas circunstancias que, aplicadas al consumo llevan aparejadas adquisiciones apresuradas, irreflexivas o poco meditadas, son las que han movido al Legislador a establecer de modo excepcional el denominado derecho de desistimiento, de revocación o de arrepentimiento –términos cualquiera de ellos más precisos que el de hablar de una tardía reflexión como fundamento a este derecho”. Apuntando ya esta línea puede citarse a PINO ABAD, M., “La protección jurídica del comprador en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles”, *Diario La Ley*, núm. 5228, 18 de enero de 2001, pág. 2 para quien la finalidad del derecho de desistimiento no es en realidad el apresuramiento en la decisión a que se ve forzado por el agente, sino que se pretende proteger al comprador que, movido por la ilusión y el deseo de obtener un bien, resulta deslumbrado por los cómodos plazos. La Ley le ofrece, de este modo, una “segunda oportunidad” mediante un periodo de reflexión para sopesar si puede o no afrontar las obligaciones de futuro asumidas y valorar si el bien por el que se obliga merece el sacrificio que su adquisición conlleva.

⁵⁶¹ El Derecho privado, contenido en los Códigos Civil y de Comercio centra su atención en la voluntad de las partes y en la inexistencia de vicios en el consentimiento para la perfección del contrato. La irrupción y generalización de técnicas de marketing basadas en la negociación a distancia, sin contacto directo entre proveedor y consumidor, pone al descubierto sus insuficiencias. De ahí que se introduzcan normas protectoras de la parte más débil, tanto mediante técnicas de Derecho privado –como el derecho de desistimiento- cuanto a través de técnicas de Derecho público –como la necesidad de autorizaciones o el régimen sancionador. Pero el resultado final es el fortalecimiento de estos canales de distribución comercial: “una vez que quedan regulados y que se minimizan los abusos más flagrantes, se consolida la posición de las empresas grandes y las especializadas en este ámbito (es decir, aquellas para las que el cumplimiento de las exigencias legales no significa un coste insoportable), y se genera la imprescindible credibilidad y confianza que hasta hace muy poco no existía (con excepción, acaso, de la venta por correspondencia, de mayor tradición). No es, pues, sólo una protección «externa» (a consumidores, a competidores) la que persigue la Ley. Es también una protección interna de los agentes de este sector del comercio minorista, que han incrementado sus posibilidades de ampliar el volumen de ventas”. PASQUAU LIAÑO, M., “Ventas a distancia”, en *Comentario a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (Dir. BELTRAN SANCHEZ, E., PIÑAR MAÑAS, J.L., dir.), Madrid, 1997, págs. 299-300.

mecanismo que genera confianza en la utilización de los medios telemáticos en la contratación⁵⁶².

Esta tesis viene a reforzar el carácter de *interés público* que supone el derecho de desistimiento, lo que ha sido destacado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 17 de diciembre de 2009 dictada en el asunto C-227/08 (Martín Martín/ EDP Editores, S.L.)⁵⁶³. En la resolución, el Tribunal acude al concepto de interés público para justificar la intervención del Tribunal nacional que puede declarar la nulidad de un contrato, sin que la parte afectada por dicha nulidad lo haya alegado. Según la sentencia, la exigencia de que la protección consistente en el derecho de desistimiento y la información previa que el empresario ha de suministrar al respecto, tengan un efecto útil para el consumidor constituye un auténtico interés público y de ahí que se legitime la intervención de oficio de los tribunales nacionales.

Tanto la necesidad de protección al consumidor como el interés público en el fomento de la competencia y de los nuevos canales de contratación ponen de manifiesto la insuficiencia de la protección conferida por el Código Civil, que para proteger la libertad contractual sólo cuenta con las acciones derivadas de los vicios del consentimiento, que conllevan un largo procedimiento judicial en el que las exigencias probatorias resultan muy rigurosas y, por tanto, el resultado resulta incierto. Las nuevas condiciones de contratación requieren nuevas soluciones, entre ellas, el formalismo, la abundante información y, como colofón, un derecho a extinguir la relación contractual, que sólo se confiere al consumidor y que cuyo fundamento es, paradójicamente, proteger su libertad contractual⁵⁶⁴.

⁵⁶² SIRVENT GARCIA, J, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 73, para quien “*es como si se dijera al consumidor: «no te preocupes que aunque pudiera haber algún tipo de fallo en el proceso de contratación electrónica, sea o no imputable a tu impericia en la utilización del ordenador, siempre podrás arrepentirte de la contratación efectuada»*. En definitiva, pensamos que, al permitirse el desistimiento en la contratación electrónica, se pretende potenciar el empleo de las nuevas tecnologías, lo cual, en cierto modo, supone un beneficio a la colectividad al incidir positivamente en el tráfico mercantil”.

⁵⁶³ Al respecto, puede consultarse MIRANDA SERRANO, L.M., “El interés público del deber de informar al consumidor del desistimiento negocial. A propósito de la STJUE y la SAP Salamanca en el asunto Martín Martín/ EDP Editores S.L.”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, (Coord. PILÓNETA ALONSO, L.M., IRIBARREN BLANCO, M.), Cizur Menor, 2011, págs. 475-494.

⁵⁶⁴ Al respecto, LLÁCER MATAACÁS, M. R., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho del Consumo: información y documentación”, en *Estudios de Derecho de*

Por lo que respecta al específico ámbito de la contratación electrónica, algunos autores han tratado de refutar la necesidad de un derecho de desistimiento, precisamente por entender que existe una abundante información a disposición del consumidor que llevaría a su exclusión⁵⁶⁵. Esta posición se ha reforzado aún más en el específico ámbito del objeto de este trabajo, la comercialización a distancia de servicios financieros, existiendo críticas al reconocimiento del derecho de desistimiento en autores como MATEU DE ROS⁵⁶⁶ o FERNÁNDEZ PÉREZ⁵⁶⁷.

Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez (coord. LLAMAS POMBO, E.), Tomo II, Madrid, 2006, págs. 149-179.

⁵⁶⁵ En tal sentido, CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J.M., “La protección de los consumidores”, en la obra colectiva *Derecho de Internet* (coord. MATEU DE ROS, R y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M.), Madrid, 2000, págs. 139, quien al analizar la aplicación del estatuto tradicional del consumidor al ámbito electrónico, considera que no debe extenderse sin más el derecho de desistimiento como si fuera algo inherente a toda venta a distancia. Según el autor, “*en el ámbito de internet el consumidor tiene muchísima información del bien o servicio, puede acceder a fotografías o imágenes del mismo, puede leer detenidamente sus condiciones, puede rastrear la oferta de los competidores, lo que hace que no resulte admisible la trasposición automática del derecho de resolución o desistimiento*”.

⁵⁶⁶ MATEU DE ROS, R y LÓPEZ-MONÍS, M., “La Circular 3/2001 del Banco de España y los contratos bancarios electrónicos”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 87, julio-septiembre de 2002, pág. 23. Estos autores consideran que la regulación de 1997, en la que se reconoce este derecho para la contratación a distancia, partía de un internet casi inédito, nada comparable al momento en que se escriben su artículo, en 2002, por lo que la propuesta de Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores, que mantenía el referido derecho, incurría en “*falta de sutileza y de rigor jurídico*”. Para los autores, “*el derecho de desistimiento o denuncia unilateral del contrato firme por parte del consumidor, sin necesidad de alegar causa o justificación alguna, representa una ruptura del concepto institucional del contrato como negocio jurídico sinalagmático en beneficio exclusivo de una de las partes contratantes, y en el mundo de la contratación electrónica a través de internet no están presentes motivos tan poderosos de desigualdad o debilidad del contratante consumidor como para quebrar el principio de conmutatividad contractual. Distinta sería la calificación que el derecho de resolución del consumidor nos merecería si, al menos, su ejercicio quedara supeditado al incumplimiento por el oferente de los deberes de información que le incumben o a alguna otra anomalía jurídica en la génesis o en el desarrollo de la relación jurídico-obligatoria. El Legislador está yendo demasiado lejos, pues los deberes de información de los prestadores de servicios de la información ya dejan a los destinatarios de los mismos, sea o no consumidores, en una situación adecuada para valorar las ofertas comerciales que abundan en la red. El Legislador, en un ánimo simplificador, influido tal vez por un cierto componente demagógico, está confundiendo y mezclando, como antes hemos apuntado, operaciones que tienen escasa relación entre sí y está incurriendo en un defecto de sobreprotección del consumidor que, al final, lo único que reporta son dificultades para el desarrollo de la industria y costes adicionales que los operadores del sector no tienen más remedio que repercutir*”.

Igualmente, en un artículo posterior, MATEU DE ROS, R., “Los contratos bancarios a distancia. La revisión de la Circular 3/2001 del Banco de España y la contratación electrónica”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 98, abril-junio de 2005, págs. 136-137, incide en la misma idea al indicar que el derecho de desistimiento “*resulta de todo punto criticable en los contratos electrónicos a distancia. En primer lugar, por motivos de fondo: a diferencia de lo que puede suceder en las ventas por catálogo y en otras manifestaciones del comercio a distancia clásico, el internauta es un consumidor informado que decide acudir al “website” del proveedor que ha escogido, que puede comparar fácilmente un gran número de ofertas, que tiene un conocimiento amplio del servicio que va a contratar y que toma sus decisiones de forma libre y espontánea*”, añadiendo como argumento de estricta técnica jurídica que “*los contratos que se celebran a través de internet y de la telefonía automática no son equiparables a las ventas a distancia clásicas ni, muchas veces, pueden ser calificados como contratos entre ausentes en la medida en que se generan a partir de un diálogo telemático en tiempo real en el que no existe distancia*”.

Sin embargo, la doctrina más reciente considera justificado el derecho de desistimiento en la comercialización electrónica de servicios financieros a consumidores, pues las asimetrías de información se siguen produciendo. De hecho, se puede apreciar que en un mercado competitivo como el actual resulta más costoso averiguar la existencia de alternativas posibles al bien o servicio ofrecido. El derecho de desistimiento vendría a proteger, temporalmente, la prestación de un consentimiento que por la propia estructura del mercado, no puede ser, por costoso, plenamente informado, lo que se acentúa en internet dado el exceso de información⁵⁶⁸.

Por otro lado, la doctrina igualmente incide que el perfil tipológico del consumidor de internet tampoco debe ser un dato decisivo para eliminar el derecho. Si bien es cierto que suele presentar un perfil más sofisticado al ser capaz de acceder a tecnologías de la información⁵⁶⁹, eso no quiere decir que sea experto en el concreto

temporal entre las comunicaciones de los contratantes y cuya ejecución suele ser instantánea, especialmente cuando el objeto de la operación son servicios digitalizados como el software o los servicios financieros on line. Tan es así que en el caso de los contratos bancarios electrónicos la Ley material vigente –la LSSI– no contempla para nada la institución del derecho de desistimiento”.

⁵⁶⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La contratación electrónica de servicios financieros*, Madrid, 2003, págs. 233-234, quien destaca que si bien para los contratos de venta no plantea problemas, no ocurre lo mismo con las prestaciones de servicio, que por su propia naturaleza no son susceptibles de restitución una vez prestados. Pese a ello, añade la autora, se ha extendido el derecho a los contratos de servicios, “atribuyéndosele una función próxima al del derecho de reflexión en las ventas domiciliarias, lo que ha suscitado dudas en torno a la conveniencia de este derecho respecto a la prestación de servicios”. En parecido sentido, aunque con una crítica menos pronunciada, en FERNÁNDEZ PEREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Madrid, 2009, págs. 302-307.

⁵⁶⁸ VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 182, para quien “el exceso de información, justifica con la misma fuerza que su ausencia, el reconocimiento del derecho de desistimiento”, cuya función consiste en tratar de evitar un error en el consentimiento. Por otro lado, no supone una desprotección del prestador de los servicios financieros, pues las normas contenidas en la Ley 22/2007, al excepcionar ampliamente supuestos en los que no se admite el derecho de desistimiento, tutelan su posición jurídica económica. En sentido contrario se pronuncia SIRVENT GARCIA, J, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 74, para quien resulta “muy discutible que el volumen de información que los bancos puedan eventualmente poner a disposición del consumidor por internet pueda perjudicar a éste, realmente, hasta el punto de que pueda razonablemente sostenerse que para el consumidor las supuestas consecuencias negativas de dicha cantidad de información sean equiparables al defecto de información” concluyendo que “es difícil imaginar que alguien que, por ejemplo, va a solicitar un préstamo para la adquisición de un vehículo o de una vivienda no tenga claro que efectivamente necesite ese préstamo para poder adquirir esos bienes”.

⁵⁶⁹ En contra de esta idea, se manifiesta ILLESCAS ORTIZ, R., “Claroscuro con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica”, *Revista de Contratación electrónica*, núm. 27, mayo 2002, págs. 3-26 (versión electrónica) para que quien el consumidor, “cuando lo es por vía electrónica, no suele ser ni siquiera el dotado de un grado medio de discernimiento tal y como la jurisprudencia lo ha venido tradicionalmente configurando. Suele, por el contrario, ser un experto en el manejo de equipos técnicos complejos dotado de habilidades muy superiores a las requeridas para el

segmento del mercado en que está adquiriendo el producto o servicio. Tampoco el hecho de que, a veces, sea suya la iniciativa en la contratación, debe ser relevante para decidir sobre este asunto⁵⁷⁰.

De ahí que, como también se ha indicado⁵⁷¹, no exista causa objetiva alguna para no reconocer un derecho de desistimiento en el ámbito propio de los servicios financieros. Estos son particularmente aptos para su contratación a distancia, como expresamente reconoce la DCDSFC, uno de cuyos objetivos es conseguir un alto nivel de protección de los consumidores para que pueda aumentar la confianza en la venta a distancia⁵⁷².

Igualmente, debe tenerse en cuenta que los servicios financieros constituyen uno de los ámbitos donde más se prodiga la contratación a través de condiciones generales y este tipo de contratación se caracteriza precisamente porque el adherente no siempre presta un consentimiento suficientemente reflexionado⁵⁷³. De este modo, cualquier mecanismo que contribuya a dotar de garantías a la parte más débil ha de ser bienvenido pues refuerza el vínculo contractual al reforzar el consentimiento libre de la parte adherente del contrato.

En nuestra opinión, sin perjuicio de la importante función que desempeña el derecho de desistimiento en la protección al consumidor, lo más relevante es su función de fomento de la competencia, lo que sin duda se aprecia más nítidamente en aquellas modalidades de contratos en los que no tiene reconocimiento legal y sin embargo se incluye en la oferta de venta del comerciante. La expectativa del adquirente de un

ejercicio de muchas profesiones u oficios. En mi opinión su tutela no suele ser tan necesaria como lo es la del evocado consumidor medio físico”.

⁵⁷⁰ VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 183.

⁵⁷¹ MARIMÓN DURÁ, R, *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, Madrid, 2010, pág. 194.

⁵⁷² Considerandos 3 y 5 del Preámbulo de la Directiva.

⁵⁷³ En esta línea se manifiesta ACOSA SÁNCHEZ, M.R., “La nueva regulación del crédito al consumo en el ámbito europeo: la propuesta de Directiva de crédito a los consumidores, de 11 de septiembre de 2002”, *Diario La Ley*, núm. 6152, 22 de diciembre de 2004 (versión electrónica), para quien la facultad de desistimiento “se incluye con la finalidad de corregir el desequilibrio existente en la contratación con condiciones generales en la que el consumidor puede prestar un consentimiento no demasiado «reflexionado»”.

producto de poder devolverlo sin ningún tipo de motivación en un corto período de tiempo es un instrumento esencial para la competencia entre comerciantes, pues el consumidor suele estar dispuesto al pago de un precio superior si goza de esta posibilidad⁵⁷⁴.

En cualquier caso, el desistimiento constituye un instrumento ágil y eficaz que refuerza la libertad contractual del consumidor, al permitir la extinción del contrato válidamente perfeccionado, lo que nos lleva a plantearnos cuál es la naturaleza jurídica de esta facultad.

III.3. Naturaleza jurídica.

La cuestión de la naturaleza jurídica de las instituciones trata de acercarse a su esencia, a sus características intrínsecas, con la finalidad de comprenderlas mejor y, en su caso, poder acudir a otras de similar categoría para la integración de las lagunas normativas que pudieran existir en su regulación. Como afirma la doctrina que se ha ocupado del concepto de naturaleza jurídica, es la *ratio essendi*, el porqué trascendental que aclara el instituto, “*las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce*”⁵⁷⁵.

Desde este punto de vista, el derecho de desistimiento, tras la evolución normativa que hemos expuesto a través del Código Civil y de las distintas Leyes especiales que con posterioridad lo han desarrollado, constituye un modo de extinción de las obligaciones y contratos.

⁵⁷⁴ En nuestro país, es tradicional la concesión del derecho de desistimiento, integrado en la oferta comercial, en la venta en establecimientos comerciales, reflejada en el eslogan publicitario “si no queda satisfecho, le devolvemos su dinero”. Un análisis de la problemática que genera esta práctica y en concreto la modalidad consistente en la entrega de un vale para adquirir otro producto distinto en el mismo establecimiento en vez de devolver el importe del precio, puede consultarse en EVANGELIO LLORCA, R., “¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 7-8, 2011, Págs. 3-51.

⁵⁷⁵ En tal sentido, LOIS ESTÉVEZ, J., “Sobre el concepto de «naturaleza jurídica»”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1956, págs. 178-179. El autor analiza el concepto de naturaleza jurídica, haciendo un repaso por los diversos sectores doctrinales que lo han analizado, desde quienes se limitan a estudiar la naturaleza jurídica de una institución sin plantearse su concepto, hasta quienes lo conceptúan como concepto o género, pasando por quienes lo identifican con la esencia o con la estructura de la institución. Para Lois, la naturaleza jurídica persigue la *intelección genética*, la *comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica*.

En nuestra opinión, no estamos ante una excepción al principio general “*pacta sunt servanda*” y la atribución de fuerza de Ley establecida en nuestro sistema legal para las obligaciones libremente contraídas, sino ante un modo de extinción de las mismas que, por tanto, debería ser objeto de inclusión en el art. 1156 del mismo texto legal⁵⁷⁶.

La definición legal contenida en el art. 68 del TRLCU, así como la regulación de los distintos derechos de desistimiento establecidos en Ley es especiales de trasposición de Directivas comunitarias, no dejan lugar a dudas. Se trata de una facultad⁵⁷⁷ conferida a una de las partes del contrato para dejar a éste sin eficacia de manera unilateral, sin necesidad de justificación de ningún tipo, y sin que esta decisión le pueda deparar penalización de ningún tipo.

Sin embargo, la cuestión no ha sido pacífica en la doctrina, probablemente porque el concepto ha ido evolucionando en el tiempo, no siendo uniforme en los distintos textos legales que han regulado esta facultad.

Las principales corrientes doctrinales que han tratado este derecho pueden agruparse en tres: aquella que considera que, de un modo u otro, la eficacia del contrato queda demorada hasta que transcurra el periodo de desistimiento, no siendo por tanto el

⁵⁷⁶ Sin embargo, no parece ser esa la tendencia de nuestra regulación, al menos a corto plazo. La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación y presentada en 2009, no contiene un precepto similar al actual art. 1156 del Código. Tal y como se expresa en la Exposición de Motivos, apartado V, “*el texto que se propone no dedica un título o capítulo específico a la extinción de las obligaciones sino que regula tres figuras como la novación extintiva, la remisión y la confusión*”. Tampoco regula el derecho de desistimiento con carácter general, aunque lo incluye en la regulación que contiene de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y de los contratos a distancia.

Por su parte, la Propuesta de Código Civil elaborada en 2016 por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, limitada por el momento a los Libros Quinto (Obligaciones y contratos) y Sexto (prescripción y caducidad) –y que puede consultarse en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/PROPUESTA-DE-LIBROS-QUINTO-Y-SEXTO-DEL-CODIGO-CIVIL.pdf>, consultada el 18/03/2017- , tampoco incluye un precepto similar. No obstante, dedica la Sección 1ª del capítulo VI (“*De los efectos del contrato*”), a la eficacia vinculante del contrato. El primer precepto que compone la sección es el 526-1, que tras declarar la fuerza de Ley de los contratos entre las partes (p. 1) y especificar que su validez y cumplimiento no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (p.2), añade en su párrafo 3 que es posible la desvinculación unilateral del mismo por una de las partes en los supuestos pactados y en los casos previstos por la Ley , dando entrada de este modo al desistimiento. De hecho, el desistimiento se regula en el art. 526-4.

⁵⁷⁷ Según GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de desistimiento”, en *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.), Madrid, 2011, pág. 1254, se trata de una “*facultad de cancelación jurídica o derecho potestativo que otorga a su titular la posibilidad de influir en una previa relación jurídica, extinguiéndola, mediante una declaración unilateral de voluntad notificada a la otra parte contratante*”.

contrato perfecto hasta entonces; una segunda que considera que el contrato se ha perfeccionado si bien queda sometido a condición; y, finalmente, una tercera tendencia que considera que estamos ante un supuesto similar o, al menos, cercano a la anulabilidad del contrato, pudiendo considerarse incluso como una nueva causa.

De este modo, ha habido autores que han defendido que el contrato no estaría definitivamente concluido mientras no transcurriera el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento sin que el consumidor lo ejerciera, con lo que estaríamos ante una especie de “*formación sucesiva del contrato*”⁵⁷⁸. Sin embargo, como también destaca la doctrina, esta tesis podría servir para explicar la falta de vinculación contractual del consumidor, pero no la razón de que su consentimiento contractual no fuera perfecto al contratar⁵⁷⁹, por lo que puede concluirse que tiene más detractores que partidarios⁵⁸⁰.

En parecido sentido, e incidiendo precisamente en ello, se ha articulado también la tesis de que estamos ante contratos de “*perfección sucesiva*”. Se trataría, en este caso, no de una derogación de la regla de la fuerza obligatoria de los contratos establecida en el art. 1256 del Código, sino más bien de la regla de la perfección del contrato por el mero encuentro de las declaraciones de voluntad –oferta y aceptación– contenido en el art. 1262 del mismo texto legal. De este modo, por la intervención tuitiva del

⁵⁷⁸ Puede consultarse al respecto PASQUAU LIAÑO, M., “Ventas a distancia”, en *Comentario a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (Dir. BELTRAN SANCHEZ, E., PIÑAR MAÑAS, J.L., dir.), Madrid, 1997, pág. 339 y los autores que cita. No obstante, el autor se decanta muy gráficamente por la naturaleza específica: “a mi juicio, no hay que darle más vueltas. El Legislador acierta en esta Ley con la denominación que utiliza: se trata sin más de un derecho de desistimiento. La naturaleza jurídica de este derecho encaja perfectamente en los moldes de la clásica figura del desistimiento unilateral”.

⁵⁷⁹ CHRISTIANOS, V., “Plazos de reflexión: una evaluación teórica”, *Estudios sobre consumo*, nº 25, 1992, pág. 58. Según el autor, esta teoría se basa en la teoría alemana de Punktion, que a su vez se remonta a la del *negotium imperfectum*. Para esta teoría, “un contrato no se cierra instantáneamente, sino bajo negociaciones continuas. Como resultado, el contrato, en el ejemplo que nos ocupa, se va formando sucesivamente y llega a su conclusión siete días después del primer contacto entre el vendedor a domicilio y el consumidor. El derecho a retractarse no mina la fuerza vinculante del contrato, dado que éste todavía no se ha formado. Esta interpretación, tal como lo estipula el artículo 4.ª de la Ley, haría posible prohibir cualquier pago antes de la expiración del periodo de reserva. Dado que el contrato todavía no se ha formado cuando se ejercita el derecho a la retractación, no tiene sentido instrumentarlo. Aunque esta teoría es atractiva y, a primera vista, convincente, puede surgir algunas objeciones”.

⁵⁸⁰ En tal sentido, MORENO-TORRES HERRERA, M.L., “Derecho de arrepentimiento y régimen de riesgos”, Comunicación presentada en el Congreso Internacional sobre la reforma del Derecho Contractual y la protección de los consumidores, celebrado en Zaragoza en noviembre de 1993, pág. 5, quien cita a FRANÇON, PAISANT y CHRISTIANOS como detractores de la teoría y sólo a CALAIS-AULOY como defensor de la misma.

Legislador, quedaría demorado, durante el tiempo en que puede hacerse uso del derecho de revocación o de desistimiento, el momento de perfección del contrato⁵⁸¹.

Otra de las tesis mantenidas por la doctrina ha sido la del contrato sometido a condición, apoyándose por analogía en la figura de las ventas a calidad de ensayo o prueba y las ventas *ad gustum* que el art. 1453 del Código Civil presume celebradas bajo condición suspensiva⁵⁸². Esta tesis debe rechazarse, puesto que no es posible que la condición sólo afecte a una de las partes –ya que el empresario queda obligado desde la perfección del contrato- y además, si el consumidor puede libremente decidir sobre el cumplimiento de la condición, ésta sería puramente potestativa y la obligación, por tanto, sería nula de acuerdo con el art. 1115 del Código Civil. También se indica como obstáculo que si se tratara de este tipo de compraventa, el comprador no podría utilizar la cosa pues su utilización implicaría la aceptación tácita de la misma; por el contrario, el art. 6.2. de la Ley 26/1991 establece que quien ejercita el derecho de desistimiento en las ventas fuera de establecimiento mercantil no viene obligado a reembolsar cantidad

⁵⁸¹ Es la tesis de FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991”, Revista de Derecho Mercantil, nº 208, 1993, pág. 597-599. Para él, el derecho de revocación contenido en la Ley 26/1991 “*o se articula como un instrumento que permite retirar al consentimiento la fuerza que le otorga el Ordenamiento jurídico o se le considera como un elemento preventivo que pone en entredicho la fuerza que ese consentimiento posee, impidiendo que surta los efectos que el Ordenamiento le atribuye*”.

⁵⁸² En realidad, como indican DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Teoría General del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular.*, 4ª Ed. Madrid, 1983, pág. 380, en las ventas hechas a calidad de ensayo o prueba, la condición no depende del libre querer del comprador, sino que de manera objetiva, mediante el ensayo o prueba, se comprueba si la cosa tiene o no las cualidades que han sido determinantes de la compra y una vez que la prueba es positiva, el comprador carece de la facultad de desistir del contrato. Por su parte, en las ventas *ad gustum*, debe interpretarse que si probada o gustada la cosa resulta ser de la calidad expresa o tácitamente convenida, queda consumada, no quedando por tanto a la libre decisión del comprador el cumplimiento de la condición. También lo entiende así la jurisprudencia, como la sentencia 298/2015, de 22 de diciembre de 2015, de la Audiencia Provincial de Valladolid (JUR\2016\27302). Se trata de un litigio entre dos personas que habían encargado un banquete de bodas a un hotel y éste, reclamándole el importe de las cantidades entregadas en concepto de reserva al haber cancelado el banquete tras la degustación del menú ofrecido. Como recoge la sentencia, los actores “*cuando se les ofreció el menú degustación entendieron que la comida con la que iban a obsequiar a sus familiares y amigos no respondía a sus expectativas. Así se lo hicieron saber a los encargados del establecimiento, tanto el mismo día 30 de abril cuando degustaron el menú como en la comunicación que les hicieron el 13 de mayo, especificando punto por punto lo que no era de su agrado*”. La sentencia analiza, también, la posibilidad de que la anulación del banquete fuera por otra causa distinta, es decir, por la libre decisión de los actores, lo que habría determinado el rechazo de su pretensión, concluyendo que el único motivo fue la no superación de la degustación.

alguna por la disminución de valor que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a la naturaleza de la cosa⁵⁸³.

La tercera de las corrientes doctrinales se inclina por considerar que estamos ante una nueva causa de nulidad –en la terminología del Código Civil- o anulabilidad, o, al menos, un supuesto cercano a tales categorías.

Así, se afirma que al igual que la anulabilidad regulada en el Código Civil es un sistema de protección del contratante que ha manifestado un consentimiento no libre, que ha sufrido un error o que se entiende que carece de la aptitud necesaria para valorar la conveniencia de la celebración del contrato, el derecho de desistimiento –en concreto, el de revocación de la Ley 26/1991, que es el analizado por la autora- es una medida de protección de la libertad de consentimiento de quien no ha tomado ninguna iniciativa para contratar sino que ha sido abordado en su domicilio o en su trabajo por el empresario⁵⁸⁴. En definitiva, los vicios de la voluntad no implican carencia de voluntad, sino que ésta adolece de un defecto. Para proteger a quien ha sufrido este defecto, se le permite durante un cierto tiempo –cuatro años- optar entre la desvinculación del contrato (anulabilidad) o por su mantenimiento⁵⁸⁵. Lo mismo ocurre con el derecho de revocación y de ahí que pueda concluirse que de igual manera que un negocio anulable es considerado como un negocio claudicante, podría entenderse que lo es aquél que

⁵⁸³ MORALES MORENO, A.M., “Comentario al art. 1265”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-B (Artículos 1261 a 1280 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 220.

⁵⁸⁴ MORENO-TORRES HERRERA, M.L., “Derecho de arrepentimiento y régimen de riesgos”, Comunicación presentada en el Congreso Internacional sobre la reforma del Derecho Contractual y la protección de los consumidores, celebrado en Zaragoza en noviembre de 1993, pág. 8 a 10. Como indica la autora, en este tipo de ventas, “*el consumidor no toma ninguna iniciativa dirigida a la celebración del contrato, sino que es abordado en el ámbito de su intimidad, lo que es, indudablemente, una fuente de abusos*”. En tales condiciones, en que la declaración de voluntad no es correcta en cuanto a la decisión misma de contratar, “*la Ley , para proteger al consumidor, le concede el derecho a dejar sin efecto el contrato en un breve periodo de tiempo. No es preciso que concurra ninguna causa especial, como tampoco lo es para que se impugne el contrato celebrado por un menor o incapacitado. Es suficiente con que el negocio entre dentro del campo de aplicación de la Ley para que, presumiéndose la falta de libertad del consumidor (lo mismo que se supone la falta de discernimiento en el menor o incapaz), se deja a su arbitrio decidir la subsistencia del vínculo obligatorio, una vez que ha cesado la presión psicológica que estaba sometido*”.

⁵⁸⁵ MORALES MORENO, A.M., “Comentario al art. 1265”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-B (Artículos 1261 a 1280 del Código Civil), Madrid, 1993, pág. 215 y 220. De este modo, concluye el autor “*la facultad de revocación es consecuencia de una ineficacia del contrato, que, como en cierta medida tiene un régimen especial, se aproxima en su función a la anulabilidad correspondiente a los vicios del consentimiento. Y, de hecho, la Ley 26/1991 se remite a los artículos 1303 y 1308 del Código Civil en lo referente al régimen de las restituciones (art. 6.1 de la Ley 26/1991)*”.

confiere un derecho de desistimiento a una de las partes hasta que transcurre su período de ejercicio⁵⁸⁶.

Para concluir, en nuestra opinión, no estamos ante contratos en formación ni sometidos a ningún tipo de condición, sino ante contratos perfectos y que plenamente eficaces que, no obstante, por las razones indicadas en el apartado anterior –para fomentar la competencia y proteger al consumidor- puede extinguirse por la voluntad unilateral de una de las partes, que, de este modo, puede “*reconsiderar*” su decisión de contratar a modo de segunda oportunidad⁵⁸⁷. En definitiva, estamos ante una causa de extinción de las obligaciones y contratos.

III.4. Elementos personales del derecho de desistimiento.

Una vez encuadrado el derecho de desistimiento reconocido en la LCDSFC en el marco jurídico general y determinados su fundamento y naturaleza jurídica, debemos analizar su régimen jurídico, especialmente respecto de las cuestiones problemáticas que se plantean.

El primer elemento sobre el que centrar nuestro análisis es el personal, es decir, quién puede ejercitar el derecho de desistimiento y frente a quién. Esta es precisamente una de las diferencias fundamentales del derecho de desistimiento reconocido y regulado en la normativa protectora del consumidor y el derecho de desistimiento recogido a lo largo del Código Civil, pues aquel no se concede de igual manera a ambas partes contratantes, sino que tan sólo se concede al consumidor y frente al empresario⁵⁸⁸, de tal modo que, como afirma la doctrina⁵⁸⁹, el consumidor se enfrenta

⁵⁸⁶ De esta misma opinión es DIAZ MORENO, A., “La protección del consumidor: una perspectiva global”, en *Estudios de derecho judicial*, Núm. 103, 2006 (Ejemplar dedicado a: Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación), págs. 257-258, para quien el derecho de desistimiento se encuentra “*emparentado*” con los vicios de la voluntad.

⁵⁸⁷ GARCÍA VICENTE, J.R., “La contratación con consumidores”, en *Tratado de contratos, Tomo II* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Dir.), Valencia, 2013, pág. 1687.

⁵⁸⁸ Una reforma que entendemos necesaria es la conveniencia de dotar de instrumentos de protección al consumidor cuando adquiere bienes y servicios no de un empresario establecido como tal sino de cualquier persona que, sin ser empresario, de manera ocasional, pone en el mercado bienes o servicios y en concreto a través de técnicas de comunicación a distancia. Cada día es más frecuente la existencia de aplicaciones informáticas que permiten poner en conexión a personas que, sin dedicarse a ello profesionalmente, ofrecen bienes o servicios a consumidores que, al no estar sometidas a la normativa de consumo, no tienen más protección que la establecida en el Ordenamiento privado, especialmente, el

dialécticamente con el empresario. Así se refleja también en la legislación vigente, al establecer el art. 59 del TRLCU que son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario.

Debemos, por tanto, analizar los conceptos de consumidor y de empresario, así como la diversa problemática que presentan.

III.4.1.El consumidor como titular del derecho de desistimiento.

La LCDSFC, como se ha expuesto con anterioridad, se enmarca en la normativa protectora del consumidor dictada por la Unión Europea a lo largo de los años y recogida posteriormente por el Ordenamiento interno. Por tanto, la Ley limita su aplicación para centrarse en las relaciones entre empresarios y consumidores, dejando fuera de su ámbito de aplicación las relaciones entre empresarios y entre consumidores entre sí⁵⁹⁰.

Código Civil. No podemos extendernos sobre el tema, pues excede de los límites del presente trabajo - especialmente porque ni siquiera estamos haciendo referencia al ámbito de los servicios financieros-, pero no queremos dejar de propugnar la extensión de la normativa de protección al consumidor a estos supuestos, con la que se evitarían situaciones cada vez más frecuentes como la da lugar a la Sentencia núm. 670/2016, de 21 de julio de 2016, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Id Cendoj: 28079120012016100665). El objeto del debate se trata de una venta de dos vehículos para el transporte de personas con minusvalías físicas cuyo contrato se suscribe por las partes sin su presencia física, vía internet. En el contrato entre las partes se hizo referencia a la existencia de daños en uno de los vehículos con un coste de reparación fijado en el contrato. Sin embargo, cuando se recibe por el comprador, los defectos eran de tal entidad que hacían que el vehículo no fuese apto para la circulación. El litigio se dirige a la vía penal y concluye con una sentencia condenatoria por estafa que es ratificada por la del Tribunal Supremo. Si tenemos en cuenta que el Derecho Penal debe reservarse para los supuestos especialmente graves, el resto de situaciones –entre ellas, posiblemente la que da lugar a dicha sentencia- debería tener solución en el ámbito estrictamente de Derecho privado y para ello sería necesario suprimir el requisito de que una de las partes ha de ser un empresario para que la otra, el consumidor, goce de protección legal, especialmente a través del derecho de desistimiento. Otra opción que podría ser objeto de análisis es la consideración como empresario de todo aquel que lleve a cabo una actividad económica, entendiendo como tal toda actuación que consista en ofrecer bienes o servicios en el mercado.

⁵⁸⁹ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Artículo 5. Las partes. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, pág. 1888.

⁵⁹⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La contratación electrónica de servicios financieros*, Madrid, 2003, págs. 21-22. Hace referencia a las clasificaciones del comercio electrónico, destacando aquella que atiende a la condición de los intervinientes y según la cual, puede hablarse de comercio electrónico entre empresarios (B2B), entre empresarios y consumidores (B2C) y entre consumidores (C2C). Según el artículo 1, la LCDSFC establece el régimen específico que habrá de aplicarse a los contratos con consumidores de servicios financieros a distancia, reiterando el art. 2 que se aplicará a los contratos prestados por diversos tipos de entidades, todas ellas empresariales. Por su parte, el art. 4 añade que se incluyen en el ámbito de

El término consumidor procede de la economía, que entiende por tal a un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o a satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares⁵⁹¹. En definitiva, lo que el consumidor pretende al adquirir un bien o servicio es hacerse con el “valor de uso” de lo adquirido. Por contra, el empresario será aquél sujeto que adquiere el bien para incorporarlo, generalmente transformado, a su proceso de producción o distribución, a fin de recuperar lo invertido más tarde y multiplicarlo o, en todo caso, incrementarlo. Es decir, lo que pretende es el “valor de cambio” cuando adquiere un bien o servicio.

Partiendo de estos conceptos originales, dada la tendencia de la legislación de las últimas décadas a la protección del consumidor como parte más débil de la relación jurídica y por tanto más necesitada de protección, se hace necesario establecer un concepto legal. Para ello, como señala la doctrina⁵⁹², se pueden seguir criterios diversos. Uno los criterios puede consistir en el que podríamos denominar “puntual”, referido al *acto de consumo* -por contraposición al criterio decimonónico, contenido en nuestro Código de Comercio como elemento delimitador de su aplicación, del acto de comercio. De ese modo, todo aquel que en un momento determinado, aunque fuese puntual, realizase un acto de consumo, sería considerado consumidor.

Otra tendencia ha sido la de equiparar consumidor con cliente, lo que implicaría una extensión de su ámbito de protección muy amplia, y vendría a englobar a todos aquellos que contratan con el empresario, con independencia del destino que le otorguen a los bienes o servicios objeto de adquisición⁵⁹³. En cualquier caso, esta extensión del

aplicación de la Ley los contratos celebrados entre un proveedor y un consumidor y declarando finalmente el art. 5 que las partes del contrato son el proveedor y el consumidor. A las relaciones a distancia entre consumidores ya nos hemos referido en nota anterior, así como a la problemática que genera. En cuanto a las relaciones entre empresarios, cuando se trata de contratos celebrados a distancia, la única regulación es la contenida en el art. 38, único precepto que permanece formando parte del capítulo II (“*Ventas a distancia*”) del Título III (“*Ventas especiales*”) de la LOCM, tras la última reforma derogatoria operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Si las relaciones comerciales se hicieran por medios electrónicos, también resultaría de aplicación la LSSI.

⁵⁹¹ LASARTE ALVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2010 (4ª Edición), págs. 55 y ss.

⁵⁹² LASARTE ALVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2010 (4ª Edición), págs. 60 y ss.

⁵⁹³ Esta es la noción utilizada en la normativa de protección de quienes adquieren servicios de entidades financieras. En tal sentido, el art. 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que establece la habilitación del Ministerio de Economía y

concepto no puede ser ilimitada, pues de lo contrario la normativa excepcional dictada para proteger al consumidor perdería su sentido al aplicarse a la generalidad de situaciones, con lo que se conseguiría un resultado contrario al pretendido.

La opción por uno u otro criterio es relevante y de ahí que la normativa al respecto haya ido evolucionando en el tiempo, partiendo de una noción muy restringida, que identificaba a los consumidores como meros compradores de productos alimenticios y farmacéuticos, para posteriormente ir expandiéndose hasta incorporar a cualquier sujeto del tráfico económico contrapuesto a la empresa⁵⁹⁴.

Ahora bien, el concepto de consumidor que se desprende de las Directivas comunitarias también tiene sus límites: es el de una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional⁵⁹⁵. Tal y como afirma la

Competitividad para dictar normas a fin de proteger los legítimos intereses de los “*clientes de servicios o productos bancarios*”. Anteriormente, el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, se refería a los legítimos intereses de la “*clientela activa y pasiva*”.

⁵⁹⁴ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Artículo 5. Las partes. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, pág. 1887.

⁵⁹⁵ Un resumen de las mismas puede encontrarse en CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de derecho Transnacional*, marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, págs. 86. Igualmente, en Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 2017, (Id Cendoj: 28079119912017100001).

Así, en cuanto a las Directivas cuya trasposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «*toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*», con ligeras variantes de redacción entre ellas. En cuanto a las Directivas cuyas trasposiciones se encuentran fuera del TRLGCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la «*persona física*» (ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito «*ajeno a su actividad comercial o profesional*» (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a) o «*a su actividad económica, negocio o profesión*» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a «*su actividad económica, negocio, oficio o profesión*» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Menciona esta última que es la misma que utiliza en su art. 2.f la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, que sustituyó a la Directiva 94/47/CE.

En otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil (DOUE núm. 12, de 16 de enero de 2001), introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para «*contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profesional*». Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE núm. L. 351, de 20 de diciembre de 2012), que ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE núm. L. 177, de 4 de julio de 2008) contempla también

doctrina, el consumidor lo es no en función de criterios o circunstancias estructurales, sino en función de factores funcionales y exógenos o externos. Y ello porque el consumidor lo es porque consume y cuando consume y, además, su condición singular y contingente de consumidor la posee en la medida en que se enfrenta dialécticamente con el empresario⁵⁹⁶.

El TRLCU, que opta por una noción concreta de consumidor al igual que hizo la Ley 26/84⁵⁹⁷, acogió este mismo concepto en su art. 3, al refundir las diversas normas que trasponían las Directivas, y establecer que “*a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto*⁵⁹⁸, *son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional*”⁵⁹⁹. Redacción que venía a modificar radicalmente la que

en su art. 6 los «*contratos de consumo*», entendidos como los celebrados «*por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ('el consumidor') con otra persona ('el profesional') que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional*».

⁵⁹⁶ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Artículo 5. Las partes. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, pág. 1888. Para este autor, el consumidor es, por estos, motivos, un *personaje ontológicamente alienado*.

⁵⁹⁷ FERNÁNDEZ PEREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Madrid, 2009, pág. 185, nota 268, quien alude a la existencia de una noción amplia o abstracta y de una noción concreta de consumidor, conceptos que toma de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. Según la autora, la noción amplia entiende por consumidor a todo ciudadano en cuanto persona que aspira a tener una adecuada calidad de vida, lo que se traduce en la aspiración de conseguir, dentro del mercado, los bienes y servicios que precisa en las mejores condiciones posibles, evitando toda clase de engaños o la imposición de condiciones no equitativas por parte de las empresas. En cambio, la noción concreta hace referencia a los derechos que puede ejercitar individualmente en su interés particular y que vienen conectados con la finalidad de la norma legal que reconozca tales derechos, lo que implica la existencia de distintas nociones concretas o legales. De este modo, no existiría una única noción legal de consumidor, sino una pluralidad de nociones que sirven para delimitar el ámbito de aplicación de las distintas disposiciones legales y que se establecen atendiendo específicamente a la protección que la norma pretende ofrecer.

⁵⁹⁸ Se trata de los supuestos de viajes combinados, regulados en la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados y la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, que se refieren a “*todo perjudicado*”; y los relativos a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, regulados en la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Diario Oficial núm. L. 210, de 7 de agosto de 1985) y la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (BOE núm.161, de 7 de julio de 1994), que se refieren al diferentes conceptos, más amplio que el de consumidor, como el contratante principal (quien compra el viaje combinado), el beneficiario (persona en nombre de quien se compra el viaje) y el cesionario (aquel a quien se ceda el viaje por el contratante principal o el beneficiario).

⁵⁹⁹ Curiosamente, el art. 3 se refiere al concepto “general” de consumidor, a pesar de la remisión a otros conceptos de los libros tercero y cuarto. Esta opción de política legislativa, como indica FERNÁNDEZ

recogía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de consumidores y usuarios⁶⁰⁰, que giraba más bien sobre el concepto de consumidor final de productos y servicios que no se incorporaban en un proceso productivo, sino que se destinaban a un fin privado del adquirente y que se justificaba en la Exposición de Motivos en la necesidad de adaptación a la normativa europea⁶⁰¹. De este modo, como ha destacado la doctrina, es la finalidad del contrato –el actuar en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional– lo que actúa como delimitador del concepto⁶⁰².

Es de destacar, por otro lado, la peculiaridad del concepto interno de consumidor que incluye a la persona jurídica⁶⁰³, lo que siempre ha provocado dudas en cuanto a su

PEREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Madrid, 2009, págs. 186, ha sido criticada por un sector de la doctrina pues no resulta adecuado establecer como concepto general un concepto nuevo que se ha afianzado en el ámbito contractual y que claramente viene asociado a la condición de contratante del sujeto protegido. Habría sido más adecuado incluirlo entre las normas de delimitación del sector dedicado a los contratos y haber optado bien por no establecer un concepto general, bien por establecer un concepto amplio, abstracto.

⁶⁰⁰ En efecto, la redacción originaria de la Ley 26/1984 combinaba en su art. 1 ambos criterios, al establecer que “a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”, añadiendo que “no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

⁶⁰¹ “El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario. Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro Ordenamiento jurídico en relación con las “personas jurídicas”. El consumidor y usuario, definido en la Ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros”.

⁶⁰² FERNÁNDEZ PEREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Madrid, 2009, págs. 185.

⁶⁰³ En tal sentido, indica LASARTE ALVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2010 (4ª Edición), pág. 70, que se ha señalado que esta opción de política legislativa de incluir a las personas jurídicas como consumidores no parece acertada, al tener la protección conferida al consumidor su origen en la carencia de estos de contar con una organización que les permita “autoprotgerse”, lo que no ocurre con las personas jurídicas. Sin embargo, añade que puede justificarse dada la laxitud con la que nuestro Ordenamiento jurídico confiere la personalidad jurídica, lo que permite la existencia de asociaciones o entes con personalidad jurídica sin ánimo de lucro y con escasa entidad patrimonial.

adecuación o no al Derecho Comunitario⁶⁰⁴. En cualquier caso, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, ha introducido un segundo párrafo en el art. 3 del TRLCU para incluir expresamente a “*las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”. Esta modificación, que no es objeto de explicación en la Exposición de Motivos de la Ley, parece aclarar la situación al limitar la consideración de consumidor a quienes actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad económica⁶⁰⁵ y ello con independencia de que se trate de personas físicas o jurídicas.

La yuxtaposición de ambos conceptos, consumidor persona física y consumidor persona jurídica, viene a ratificar, en nuestra opinión, que el consumidor puede actuar con ánimo de lucro sin perder tal condición. No es cuestión pacífica, pues si el consumidor persigue un ánimo de lucro, podría entenderse que no está persiguiendo fines privados sino empresariales. En tal sentido, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea define en sentido positivo el concepto de ámbito ajeno a la actividad empresarial o comercial que utilizan las Directivas. De este modo, alude a actos que

⁶⁰⁴ CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de derecho Transnacional*, marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, págs. 98 considera que puede mantenerse la adecuación al Derecho Comunitario de la ampliación del concepto de consumidor a la persona jurídica mediante dos argumentos: entender que el carácter de mínimos de las Directivas comunitarias permite al Legislador español la extensión de la tutela a otras personas, o considerar que la definición de consumidor forma parte del ámbito de aplicación de las Directivas y su modificación no compete al Estado, si bien sí puede extender derechos subjetivos de los consumidores a personas que no merezcan tal consideración. Por su parte, FERNÁNDEZ PEREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Madrid, 2009, págs. 188, se inclina más por la segunda opción, al considerar que la cuestión no reside en ampliar el concepto de consumidor, sino, llegado el caso, ampliar la protección a estas personas jurídicas.

⁶⁰⁵ Por otro lado, la cuestión ha sido muy debatida en los Tribunales, especialmente en relación con la aplicación de la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas a préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras a empresarios, ya sean personas físicas ya sean personas jurídicas, que incluyeran la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés (conocida coloquialmente como “cláusula suelo”). El Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de dicha extensión en reciente sentencia, de 20 de enero de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100032), puesto que “*ni el Legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un tertium genus que no ha sido establecido legislativamente, porque no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores*”.

satisfacen necesidades familiares o personales del consumidor, en definitiva, necesidades de consumo privado de un individuo⁶⁰⁶. Es por ello que, siempre que se persigan ese tipo de finalidades, el ánimo de lucro perseguido por el consumidor es irrelevante⁶⁰⁷. Ello es especialmente importante en el ámbito de los servicios financieros, en los que el consumidor habitualmente tiene ánimo de lucro cuando los contrata o adquiere.

Una problemática específica se plantea en aquellos supuestos en que el objeto del contrato persigue finalidades personales y profesionales, es decir, a los supuestos de fines mixtos, en los que el bien o servicio a que se refiere el contrato se destina a satisfacer necesidades personales pero también comerciales o profesionales del

⁶⁰⁶ Al respecto, pueden consultarse diversas sentencias citadas por CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de derecho Transnacional*, marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, págs. 87. Es de destacar especialmente la sentencia del TJUE de 20 de enero de 2005, dictada en el asunto C-464/01, que analiza el supuesto de un agricultor (Gruber) que adquiere tejas para el tejado de una granja donde reside y donde al mismo tiempo desempeña su actividad empresarial, siendo de relevancia el dato de que la superficie destinada a vivienda familiar representa el 60% del total de superficie útil de la granja. El conflicto surge porque las tejas suministradas no eran todas del mismo color, a pesar de habersele garantizado que lo serían, y fue necesario volver a construir el tejado, ejercitando a continuación el sr. Gruber una acción judicial en reclamación de la garantía y responsabilidad del vendedor (con domicilio en otro Estado) y acudiendo a los tribunales de su residencia. Se plantea por tanto la cuestión de la competencia judicial por su condición de consumidor al amparo del Convenio de Bruselas. La sentencia del TJUE concluye que “una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia específicas establecidas en los artículos 13 a 15 de dicho Convenio, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional”. La razón utilizada por el Tribunal es que “cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional, debe considerarse que aquella se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante, de manera que en este supuesto no se justifica la protección especial que el Convenio de Bruselas otorga a los consumidores. Esta afirmación no queda desvirtuada en modo alguno por el hecho de que el contrato de que se trata tenga asimismo una finalidad de carácter privado y sigue siendo pertinente cualquiera que sea la relación entre el uso privado y el profesional que pueda hacerse del bien o del servicio de que se trata, aunque predomine el uso privado, siempre y cuando la proporción del uso relativa a la actividad profesional no sea insignificante”.

⁶⁰⁷ Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de enero de 2017 (Id Cendoj: 28079119912017100001). El Tribunal, con referencia a la nueva redacción del art. 3 del TRLCU tras la reforma de 2014, argumenta que “el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro”. No obstante, advierte que ese ánimo de lucro debe referirse exclusivamente a la operación concreta en que tenga lugar, pues aunque el consumidor puede actuar con la finalidad de enriquecerse, si realiza esta actividad regularmente “podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º del Código de Comercio”. Un comentario sobre la sentencia puede consultarse en MARÍN LÓPEZ, M.J., “¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, versión electrónica.

contratante. El Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto a esta cuestión utilizando el concepto de “*objeto predominante*”, de tal modo que el contratante será considerado consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba⁶⁰⁸.

Por otro lado, el concepto de consumidor al que se refiere el TRLCU no permite excluir a determinadas personas por el hecho de ser expertos o especialistas en determinado campo, pues no hace referencia al concepto de consumidor medio, en el sentido de “*consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos*”. Este concepto, que ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para ciertos ámbitos, como el error en etiquetados o la publicidad engañosa, así como por alguna normativa comunitaria y nacional⁶⁰⁹, no se ha consolidado legislativamente. En efecto, pese a los esfuerzos de la doctrina⁶¹⁰, la definición de consumidor utilizada por la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, sigue la línea tradicional sin exigir ningún tipo de cualificación ni formación al consumidor, aunque se puedan encontrar algunos vestigios a lo largo de su

⁶⁰⁸ La doctrina se contiene en la sentencia núm. 224/2017, de 5 de abril de 2017 (ID Cendoj 28079110012017100225), según la cual “*para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato -más allá de un criterio puramente cuantitativo- y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba*”.

⁶⁰⁹ Al respecto, puede consultarse la extensa cita de resoluciones judiciales y normas, comunitarias y nacionales, incluida en CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de derecho Transnacional*, marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, págs. 108-109.

⁶¹⁰ En tal sentido, FLORES DOÑA, M. S., “El consumidor cualificado e informado en la compraventa on line intracomunitaria”, Comunicación al XI Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Mercantil Sáinz de Andino, 2011 (versión e-prints Universidad Complutense), quien indica que “*las características de seguro, informado, capacitado, añadidas al término consumidor en algunos enunciados de los textos comunitarios [COM (2007) 99 final] ponen de manifiesto que el Legislador está pensando en un consumidor con cierta cualificación. La afirmación gana fuerza si relacionamos el significado de este consumidor seguro, capacitado, con la persona que tome decisiones racionales y asuma la responsabilidad para defender sus propios intereses, de conformidad con el objetivo marcado por la Comisión*”.

articulado en esa dirección⁶¹¹. Precisamente, en el ámbito de los servicios financieros, esta cuestión ha sido recientemente abordada en diversas resoluciones judiciales en reclamaciones interpuestas por personas con conocimientos específicos. No obstante, no es posible fijar una línea jurisprudencial clara, sino que la solución resulta más bien de las circunstancias concretas de cada supuesto⁶¹².

Por lo que respecta al concepto de consumidor utilizado por la LCDSFC, sorprendentemente⁶¹³, se ajusta por completo al concepto comunitario y, siguiendo

⁶¹¹ Por ejemplo, el art. 5, dedicado a los requisitos de información de los contratos en general, exige al comerciante facilitar determinada información al consumidor, de forma clara y comprensible, “*salvo que dicha información resulte evidente por el contexto*”, añadiéndose en el párrafo 3 que los Estados no estarán obligados a aplicar el apartado 1 a los contratos que conlleven “*transacciones cotidianas*”.

⁶¹² Podemos citar, sin ánimo exhaustivo y a modo puramente ejemplificativo, sentencias como la dictada por la Audiencia Provincial de Ourense núm. 365/2014, de 31 de julio de 2014 (ID CENDOJ 32054370012014100351), que desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera demandada contra la sentencia de primera instancia que estimó la nulidad de un contrato de permuta financiera suscrito con los actores. En el recurso, la entidad financiera alegó que “*los demandantes son ambos abogados y que junto con otros compañeros de despacho han presentado demandas similares a que ahora se contempla*”. Frente a tal alegación, la Audiencia considera que “*la contratación de estos productos era algo novedoso y que la formación jurídica de uno de los contratantes no garantizaba el exacto conocimiento de la realidad contractual, a lo que hay que añadir, como se indicó anteriormente, que se está ante productos complejos y que tal y como se ha reseñado en la sentencia, la contratación estuvo presidida por la confianza que se generó en la parte demandante y en la falta de información*”. Aún más clara resulta la sentencia del Tribunal Supremo núm. 60/2016, de 12 de febrero de 2016 (ID Cendoj 28079110012016100040), que resuelve el recurso de casación interpuesto por una sociedad mercantil, Yemas de Santa Teresa SA, cuyo administrador único era “licenciado en Derecho y Económicas y tenía una dilatada experiencia profesional jurídica. El director administrativo de la empresa, David, era licenciado en empresariales”, contra la desestimación tanto en primera como en segunda instancia de una acción de nulidad de un CMOF (contrato marco de operaciones financieras) y diversos swaps adquiridos a través del mismo. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación porque entiende que “*No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. En nuestro caso, ser licenciado en Derecho y Económicas, y haber ejercido de abogado en un despacho que llevaba asuntos internacionales, no es suficiente para presumir que el administrador podía conocer, en el año 2005, cuando firmó el primer swap, o después, cuando firmó los restantes cuatro swaps, cuáles eran los riesgos del producto que contrataba. Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009*”.

⁶¹³ Es difícil conocer el motivo de esta opción del Legislador pocos meses antes de aprobar el TRLCU que elige otra distinta. No obstante, debe tenerse en cuenta que la DCDSFC es una Directiva de máximos. Además, el hecho de que España ya había sido condenada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por incumplimiento en el plazo de adaptación de la Directiva quizá llevó a considerar arriesgado contrariar en algo tan esencial como el ámbito de aplicación de la norma a la Directiva que se trasponía. En cualquier caso, la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, aplicable con carácter preferente a la Ley 22/2007 en su ámbito de aplicación, sigue la misma dirección y define como consumidor en su art. 2.11 a “*una persona física que, en los contratos de servicios de pago que son objeto de la presente Ley, actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional*”; y ello por

literalmente a la DCDSFC, no incluye a la persona jurídica. Así se manifiesta el art. 5 que establece que “a los efectos de esta Ley , se consideran como consumidores las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional”, fiel trasunto de la Directiva comunitaria⁶¹⁴. Y ello a pesar de que la propia Directiva, en el considerando 29 de su Preámbulo, permitía ampliar la protección a organizaciones sin ánimo de lucro y terceros que recurran a servicios financieros para establecerse como empresarios⁶¹⁵.

Por consiguiente, la persona física consumidora, que actúa en el ámbito de su actividad privada y que realiza la transacción financiera a distancia es la única que puede ejercitar el derecho de desistimiento objeto de nuestro estudio⁶¹⁶, poniéndose el

contraposición al “usuario de servicios de pago” que es definido en el apartado 10 del mismo precepto como “una persona física o jurídica que haga uso de un servicio de pago, ya sea como ordenante, como beneficiario o ambos”.

⁶¹⁴ El art. 2 de la Directiva, establece la definición de consumidor como “toda persona física que en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”.

⁶¹⁵ Precisamente, esta previsión contenida en el Preámbulo de la Directiva, nos resulta contradictoria con el concepto de consumidor. No es posible profundizar en este trabajo al respecto, pero, en nuestra opinión, se abren dos cuestiones al respecto: una primera es la de si lo que debe primar para definir al consumidor es o no el destino o finalidad del acto de consumo, pues si ésta es la satisfacción de necesidades personales o familiares, el hecho que el producto del consumo se destine precisamente a establecerse como empresario, rompe este concepto; la segunda es la del momento temporal que ha de tenerse en cuenta para la calificación como consumidor, si al momento de la negociación y contratación del bien o servicio (en que estamos ante un consumidor) o al inmediatamente posterior (en el que ya estamos ante un empresario, gracias precisamente al servicio financiero contratado). Sobre la cuestión del “momento determinante” de la condición de consumidor se ha ocupado ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Cizur Menor, 2003, págs. 117-118, si bien referido tan sólo al momento anterior a la contratación, concluyendo que es consumidor quien actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional “en relación con las prácticas a que se refieren las disposiciones del texto comunitario”, es decir, sin tener en cuenta el momento concreto. Si utilizamos el mismo criterio, además del tenor literal de la Directiva, habrá que concluir que también será consumidor quien lo es al momento de la contratación y deja de serlo inmediatamente después al utilizar el importe de la contratación para convertirse en empresario.

⁶¹⁶ En tal sentido, podemos destacar una reciente sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Almería, de 21 de septiembre de 2016, (JUR 2016\204925), que resuelve una reclamación de cantidad derivada de la suscripción por la entidad demandada (un despacho de abogados y economistas que se llama “Expertos Abogados y Economistas SLP”) con la entidad VLEX, por medios telemáticos, de un servicio de información jurídica, aceptándose la oferta, condiciones y precio del contrato de 1415,70 euros, con una duración determinada de un año y pago en 18 mensualidades, que son objeto de reclamación en su totalidad. La entidad demandada se opone aportando documental relativa al desistimiento de la contratación, y manifestando por tanto que no adeuda cantidad alguna. Por su parte, la entidad actora impugna la oposición, alegando que no existe desistimiento alguno del contrato vigente al ser el demandado un profesional y sin que el contrato incluyera facultad de desistimiento. Por tanto, estaríamos ante una resolución unilateral anticipada del contrato que no libera del pago del servicio contratado por establecerse así en el propio contrato. La sentencia desestima la oposición y condena a la demandada al pago de las cantidades adeudadas, con base, entre otros, en el argumento de que no existe derecho de desistimiento para “Expertos Abogados y Economistas SLP”, pues su objeto social es el

acento, de este modo, no en el destino de los bienes o servicios, sino en la actuación del consumidor ajena a su ámbito profesional, considerando que es el desconocimiento, escasos medios e impericia lo que le produce indefensión, dejando al margen si este consumidor es trabajador por cuenta ajena, profesional de otro ramo o pequeño empresario⁶¹⁷.

Teniendo en cuenta la definición de consumidor que establece la Ley como sujeto activo del derecho de desistimiento, se pueden plantear, algunas cuestiones prácticas de interés en relación con el mismo, que tan sólo se apuntan brevemente, como las siguientes:

- a. En primer lugar, la relativa a la capacidad de obrar, entendiendo por tal la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, es decir, la capacidad para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones⁶¹⁸ y que el Código Civil asimila a la posibilidad de prestar consentimiento en el art. 1263. Según dicho precepto, estarán privados de capacidad los menores de edad no emancipados (salvo las excepciones que el propio precepto establece⁶¹⁹) y aquellas personas que hayan sido privadas de la misma por una resolución judicial en los términos que de ella resulten.

Un primer grupo de situaciones es el constituido por los supuestos en que el consumidor carezca de capacidad al momento de la contratación, lo que

ejercicio de la profesión de abogados y economistas-asesores y el contrato se concierta en relación con un propósito propio de esa actividad profesional o empresarial, “*no como consumidor o usuario final*”.

⁶¹⁷ RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Cizur Menor, 2002, pág. 45.

⁶¹⁸ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 4ª Ed., 1ª Reimpr., Madrid, 1982, pág. 260.

⁶¹⁹ Las excepciones se refiere a aquellos contratos que las leyes permitan realizar a los menos por sí mismos o con la asistencia de sus representantes, así como los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. En materia financiera, existe un supuesto especial en el art. 26 del Decreto de 14 de marzo de 1933, por el que se aprueba el Estatuto para las Cajas Generales de Ahorro Popular, según el cual “*las costumbres y usos habituales de las Cajas generales de Ahorros, admitiendo operaciones de mujeres casadas, sin la asistencia de sus maridos y de menores púberes sin la asistencia de sus padres o tutores, se respetaran, en lo sucesivo, como adecuadas a la naturaleza y a las necesidades de difusión del ahorro popular. En iguales términos se respetara la costumbre establecida en las imposiciones de menores de nueve años en mutualidades y secciones de ahorro infantil o escolar*”. De acuerdo con este precepto, no derogado formalmente por ninguna norma posterior, se permite a los menores de edad –aunque el término púber resultaba bastante impreciso, la práctica habitual era considerar como tales a los mayores de catorce años- la contratación con Cajas de Ahorros.

podría darse teniendo en cuenta que la operación se realiza a distancia y que no interviene un fedatario público que se asegure de su capacidad. Estos casos generan su problemática pero no afecta al derecho de desistimiento sino a la propia contratación, de ahí que deba dárseles una solución idéntica a la general.

Más interesante resulta un segundo grupo, constituido por supuestos en que el consumidor tiene inicialmente capacidad para contratar pero, durante el transcurso del término del desistimiento, se produce una modificación de la misma. Es evidente, a nuestro juicio, que en tales casos será el representante legal designado quien podrá ejercer el derecho de desistimiento.

Finalmente, podemos encontrarnos con el supuesto del fallecimiento del consumidor durante el término de desistimiento, supuestos en los que, al no tratarse de un derecho personalísimo, se transmitirá a sus herederos y serán estos quienes puedan ejercitarlo⁶²⁰.

- b. Quizá más relevante en cuanto a la frecuencia de supuestos en que puede darse es el supuesto de la pluralidad de contratantes, que presenta graves problemas sin solución en la norma. En principio, el derecho de desistimiento es personal de cada uno de los contratantes y podría darse el supuesto de su ejercicio sólo por parte de uno de ellos. Pero ello genera multitud de problemas, como por ejemplo es si el contrato puede mantenerse respecto del resto de los contratantes, quienes pueden tener un claro interés en ello. Entendemos que la única solución al respecto ha de ser la previsión contractual al respecto, que en todo caso ha de ser muy cuidadosa con los principios que inspiran la regulación⁶²¹.

⁶²⁰ Todos estos supuestos pueden generar cierta conflictividad, pues, en la práctica, la escasa duración del plazo para ejercer el derecho de desistimiento puede dificultar enormemente la efectividad de los nombramientos de representantes o de la aceptación de la herencia por los herederos, así como la acreditación ante las entidades financieras.

⁶²¹ La cuestión es muy compleja. Pensemos en un préstamo concedido a dos personas. Si sólo una de ellas ejercita el derecho de desistimiento, ¿tendrá que devolver el importe del préstamo recibido? En tal caso, el ejercicio de su derecho implica la extinción del contrato para el otro prestatario. Y esto puede dar lugar a dos posibilidades: si se devuelve con el propio importe del préstamo, sólo existiría ese problema. Pero si se hubiese dispuesto del préstamo y no fuese posible reintegrar su importe sin el consentimiento del co-prestatario, ¿habría que obligar al prestatario que desiste a devolver de su propio peculio el importe recibido? No parece lógico, pues en tal caso, habría un enriquecimiento injusto del co-prestatario que no desiste que ya no tendría que devolver el importe recibido. Si, en cambio, optamos por no exigir la devolución del importe, el perjuicio se podría causar a la entidad financiera, que quizá concertó el préstamo por la confianza que le generaba precisamente el prestatario que ahora desiste. La solución por

III.4.2. El empresario como sujeto frente a quien se ejercita el derecho de desistimiento.

Como se ha expuesto, una de las principales diferencias del derecho de desistimiento emanado de la normativa europea de protección al consumidor frente al concepto tradicional de nuestro Código Civil consiste en que sólo se atribuye a una de las partes del contrato –el consumidor- y sólo puede ejercerse frente a la otra parte del contrato, que necesariamente ha de ser un empresario.

La LCDSFC no se aparta de este esquema y son varios los preceptos que hacen referencia a tal extremo. En efecto, tanto el art. 2 destinado a regular el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley como el art. 4, referido al ámbito material, se refieren, directa o indirectamente, a las personas que pueden prestar, de manera profesional, servicios financieros a distancia a consumidores. Por su parte, el art. 5 regula quiénes constituyen las partes del contrato, que son el proveedor y el consumidor, siendo definido el primero como toda persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, preste un servicio financiero a distancia⁶²², considerándose igualmente como tales a cualquiera que intervenga por cuenta propia como intermediario en cualquier fase de la comercialización⁶²³.

Las características, por tanto, del proveedor-empresario que puede ser parte en un contrato sometido a la LCDSFC, son las siguientes:

la que optará en la práctica la entidad financiera será exigir el ejercicio conjunto del desistimiento por ambos prestatarios, pero... ¿se cumple en tal caso la LCDSFC que otorga con carácter irrenunciable al consumidor el derecho de desistimiento? Y, complicando aún más la situación, si tenemos un préstamo garantizado con el aval de otra persona, contratos independientes, ¿podría ejercer su derecho de desistimiento el avalista de la operación? En nuestra opinión, todas estas cuestiones precisan de su regulación contractual, que debe hacerse de manera cuidadosa y con claro respeto de la norma.

⁶²² La Ley prácticamente transcribe el texto de la Directiva 2002/65/CE, aunque, en nuestra opinión, delimita más específicamente el concepto. En efecto, el art. 2 de la Directiva, destinado a las definiciones, establece que se entiende como proveedor “*toda persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, preste los servicios contractuales a que hacen referencia los contratos a distancia*”.

⁶²³ Esta inclusión de los intermediarios como parte del contrato proviene de la protección que la Directiva pretende extender al máximo. Tal y como se indica en su Preámbulo, considerando 19, en realidad, el proveedor es exclusivamente quien presta el servicio a distancia. No obstante, se considera necesario aplicar la Directiva cuando una de las etapas de comercialización incluya la participación de un intermediario, al que deben aplicarse sus disposiciones, con independencia de su régimen jurídico propio, en consideración a la naturaleza y el grado de participación del intermediario, extendiéndose de este modo el concepto de proveedor.

- a. En primer lugar, según la definición legal, puede tratarse de una persona física o jurídica, si bien la posibilidad de la persona física queda reservada en realidad para los intermediarios, pues los prestadores de servicios financieros han de ser necesariamente personas jurídicas. El art. 2 de la Ley enumera quiénes pueden prestar servicios financieros, si bien podemos considerar como característica común a todas ellas el hecho de estar sometidas a controles administrativos⁶²⁴. La relación contenida en el precepto distingue los siguientes supuestos:

- i. Las entidades de crédito, entendiendo por tales aquellas empresas⁶²⁵ debidamente autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia⁶²⁶, de acuerdo con el art. 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante, LOSSEC). El párrafo segundo del señalado precepto indica que tienen la consideración de entidades de crédito los bancos⁶²⁷, las cajas de

⁶²⁴ La existencia de ese control administrativo de todas las entidades que pueden prestar servicios financieros a distancia es lo que fundamenta la exclusión de la obligación de inscripción en el Registro de empresas de ventas a distancia previsto en el art. 38.2 de la LOCM. La regulación del Registro se contiene en la actualidad en el Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero, por el que se regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el registro de empresas de ventas a distancia (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2006), estableciéndose en su art. 5.2 que quedan exceptuados del ámbito de aplicación de la norma “*las empresas que realicen la prestación de servicios financieros ya sea en el ámbito de los mercados de valores, instituciones de inversión colectiva o en el ámbito bancario o asegurador*”.

⁶²⁵ Destaca la doctrina esta utilización por la Ley del concepto “*empresa*”, aludiendo a la noción genérica de organización de los distintos factores para la producción o distribución de bienes o servicios al mercado. En tal sentido, QUINTANS EIRAS, R., “Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, pág. 1845.

⁶²⁶ Como destaca la doctrina, se trata de un concepto funcional, porque atiende básicamente a la actividad que realiza la entidad de crédito, que consiste en la intermediación indirecta en el crédito, y amplio, puesto que al no referirse a una forma jurídica específica, permite que en el concepto se agrupen entidades con formas jurídicas distintas. En tal sentido, TAPIA HERMIDA, A.J., *Manual de Derecho del mercado financiero*, Madrid, 2015, págs. 59-60.

⁶²⁷ Los bancos constituyen el tipo primigenio de entidad de crédito, organizado como sociedad anónima y que en la actualidad suponen la mayoría del sector crediticio en nuestro país. Sus especialidades se regulan en el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2015), siendo de aplicación supletoria la regulación general de las sociedades de capital.

ahorros⁶²⁸, las cooperativas de crédito⁶²⁹ y el Instituto de Crédito Oficial⁶³⁰.

- ii. Las empresas de servicios de inversión. Al igual que se introdujo desde el Derecho Comunitario la noción de entidad de crédito para convertirla en el eje del Derecho bancario, en el ámbito del Derecho del Mercado de Valores se ha introducido este concepto como noción omnicomprendensiva capaz de englobar a todos los sujetos profesionales que intervienen en los mercados de valores e instrumentos financieros⁶³¹. Se regulan en el Título V del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se

⁶²⁸ La figura de las cajas de ahorro tuvo su origen en el siglo XIX, en concreto en la Real Orden de 3 de abril de 1835, vinculándose desde ese momento a los montes de piedad, con una naturaleza fundacional y una finalidad social. Sobre el proceso de creación de las Cajas de Ahorro y su impulso en nuestro país puede consultarse LAGARES CALVO, M.J., NEIRA AGRA, J.M., *Diego Medrano y Treviño: creador de las Cajas de Ahorro españolas*, Madrid, 2003. En la actualidad, tras el proceso de reestructuración bancaria operado en España en los últimos tiempos, tan sólo subsisten dos de ellas. Se encuentran reguladas por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013), cuyo artículo 2 las define como entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuya actividad financiera se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas. Su ámbito de actuación, como norma general, no excederá el territorio de una comunidad autónoma.

⁶²⁹ Pueden definirse como sociedades cooperativas cuyo objeto social es servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros mediante el ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito, con un número de socios ilimitado, cuya responsabilidad por las deudas sociales alcanza el valor de sus aportaciones (TAPIA HERMIDA, A.J., *Manual de Derecho del mercado financiero*, Madrid, 2015, pág. 70). Se regulan por la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito (BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1989) y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 84/1993, de 22 de enero (BOE núm. 43, de 19 de febrero), así como las normas autonómicas sobre cooperativas.

⁶³⁰ El Instituto de Crédito Oficial no es un tipo sino una entidad de crédito y constituye la única que ha subsistido de las antiguas entidades oficiales de crédito. Tiene la consideración de Agencia Financiera del Estado, con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines. De acuerdo con el Real Decreto 706/1999 de 30 de Abril, de adaptación del Instituto de Crédito Oficial a la Ley 6/1997 de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de aprobación de sus Estatutos (BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1999), se regirá por lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1997), por la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1995), por las disposiciones que le sean aplicables de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003), por sus propios Estatutos y, en lo no previsto en las normas anteriores, por las especiales de las entidades de crédito y por las generales del Ordenamiento jurídico privado civil, mercantil y laboral.

⁶³¹ QUINTANS EIRAS, R., “Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, pág. 1851.

aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores⁶³², definiéndose como aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros que la propia Ley regula. La Ley a continuación enumera cuáles pueden ser esos servicios de inversión a prestar⁶³³ y distingue los tipos de empresas de servicios de inversión en función de los que están autorizadas a realizar⁶³⁴.

- iii. Las entidades aseguradoras, que constituyen el sujeto profesional del tercer tipo de servicio financiero, el asegurador. La normativa actual, que viene constituida por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras⁶³⁵, incluye por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico un concepto de entidad aseguradora al definir, en su art. 6, a las entidades aseguradoras como aquellas entidades autorizadas para realizar, conforme a lo dispuesto en la Ley o la legislación de otro Estado miembro, actividades de seguro directo de vida o de seguro directo distinto del de vida⁶³⁶.

⁶³² BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

⁶³³ El artículo 140 de la Ley los enumera, incluyendo la recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con instrumentos financieros, la ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes, la negociación por cuenta propia, la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión o el asesoramiento en materia de inversión, entendido como recomendaciones personalizadas a un cliente.

⁶³⁴ Se regulan en el art. 143, que enumera las sociedades de valores –que pueden operar profesionalmente tanto por cuenta ajena como por cuenta propia y llevar a cabo todos los servicios de inversión contemplados en la norma-, las agencias de valores –que sólo pueden operar por cuenta ajena, con representación o sin ella, y para las que está excluida la realización de algunos servicios de inversión-, las sociedades gestoras de cartera –que solamente pueden gestionar carteras de inversión o prestar asesoramiento al cliente- y las empresas de asesoramiento financieros –cuyo objeto sólo puede abarcar este servicio.

⁶³⁵ BOE núm. 168, de 15 de julio de 2015.

⁶³⁶ El concepto es completado en el art. 22, que establece los requisitos que deben cumplir para ser autorizadas para operar en España –entre ellos, que adopten una de las formas jurídicas admisibles, que tengan como objeto exclusivo la actividad aseguradora y que dispongan del capital mínimo y los fondos propios básicos exigidos- y en el art. 27, que contempla las diversas formas jurídicas que puede adoptar la entidad aseguradora –la sociedad anónima, sociedad anónima europea, mutua de seguros, sociedad cooperativa, sociedad cooperativa europea y mutualidad de previsión social.

- iv. Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, son definidas en el art. 40 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre de 2003, de instituciones de inversión colectiva⁶³⁷, como sociedades anónimas que tienen como objeto social la gestión de las inversiones, el control y la gestión de riesgos, la administración, representación y gestión de las suscripciones y reembolsos de los fondos y las sociedades de inversión⁶³⁸, que son los dos tipos de instituciones de inversión colectiva.
- v. Las entidades gestoras de fondos de pensiones. Los planes y fondos de pensiones son dos instituciones que aglutinan la previsión colectiva y de inversión. Mientras el plan se configura como un contrato, por el que se crea un patrimonio separado compuesto por contribuciones de sus miembros y se definen las condiciones en las que obtendrán las rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, el fondo es ese patrimonio separado afecto a las prestaciones definidas por el plan. Para la gestión y administración del fondo se hace necesaria la existencia de una entidad gestora, de un depositario y de una comisión de control que supervise la actividad de ambos. Se regulan en el art. 20 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones⁶³⁹.

⁶³⁷ BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2003.

⁶³⁸ Según TAPIA HERMIDA, A.J., *Manual de Derecho del mercado financiero*, Madrid, 2015, pág. 347, la inversión en activos financieros –y no financieros– puede ser gestionada de tres formas: por el propio titular de los activos; por un tercer gestor de forma individualizada, mediante contratos de gestión de carteras de inversión celebrados con entidades de crédito o con empresas de servicios de inversión; y por un tercer gestor de forma colectiva, es decir, reuniendo la inversión de varios titulares de activos financieros, lo que permitirá su gestión profesionalizada y la diversificación. Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva son las sociedades encargadas de la gestión de estos “*gestores colectivos*”.

⁶³⁹ BOE núm. 298, de 13 de diciembre de 2002.

vi. Los mediadores de seguros, intermediarios especializados utilizados por las entidades aseguradoras en la comercialización de seguros con los tomadores del seguro o asegurados. Se regulan en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados ⁶⁴⁰, que les atribuye tres funciones fundamentales: la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración del contrato; la celebración del contrato; y la asistencia en la gestión y ejecución del contrato, especialmente en caso de siniestro ⁶⁴¹. Estos mediadores de seguros pueden adoptar la figura jurídica de agentes –exclusivos o vinculados- y corredores, que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, así como la figura especial del operador de banca-seguros ⁶⁴².

vii. Las sociedades gestoras de capital riesgo, que son reguladas en la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras ⁶⁴³. La actividad de capital-riesgo consiste en la aportación de carácter financiero y

⁶⁴⁰ BOE núm. 170, de 18 de julio de 2006.

⁶⁴¹ QUINTANS EIRAS, R., “Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, pág. 1854.

⁶⁴² La figura del operador de banca seguros se introduce en la norma para dar cobertura a un fenómeno muy extendido al momento de la promulgación de la Ley . Consistía en que las entidades de crédito llegaban a acuerdos con aseguradoras para distribuir seguros a través de su red de sucursales, de tal modo que se hacía preciso articular una relación jurídica de agencia entre ambas entidades que presentaba grandes problemas al ser los empleados de la entidad de crédito quienes intermediaban directamente, generando cuestiones de encuadramiento en la Seguridad Social y de tributación. La situación se complicaba aún más cuando el banco o la Caja de Ahorros constituía una sociedad unipersonal que era la que actuaba como agente, debiendo suscribirse además otro contrato de sub-agencia entre ésta y la entidad de crédito matriz. La Ley 26/2006 crea una figura ad hoc que reconoce el ejercicio de la actividad de agente de seguros por la propia entidad de crédito o por sociedades filiales controladas o participadas por aquella y cuyo régimen jurídico se contiene en el art. 25 de la norma.

⁶⁴³ BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2005.

temporal en el capital de empresas no cotizadas⁶⁴⁴ y se lleva a cabo a través de entidades de capital riesgo, que pueden ser a su vez sociedades y fondos de capital riesgo. En este contexto, las sociedades gestoras de capital riesgo son sociedades anónimas cuyo objeto social es la gestión y administración de fondos de capital-riesgo y de activos de sociedades de capital-riesgo.

- viii. Cualesquiera otras entidades que presten servicios financieros. En este apartado puede observarse la pretensión de complitud de la norma que, incluso después de haber desarrollado una exhaustiva relación de tipos de entidades –alguna de las cuales no opera con consumidores directamente, por lo que difícilmente será parte en un contrato regulado por la LCDSFC- aún incluye a algunas entidades que podrían haber quedado fuera de la relación anterior. Esto viene reforzado por el párrafo 2 del mismo precepto, que alude a “*sujetos distintos de los mencionados en el apartado precedente*”, por lo que es evidente que pueden existir otras entidades sometidas a la LCDSFC distintas de las anteriores⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ Según QUINTANS EIRAS, R., “Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, pág. 1855, la actividad de capital-riesgo posee las siguientes notas diferenciadoras: la existencia de un inversor especializado; la aportación por el inversor no sólo de capital, sino también de capacidad de gestión y asesoramiento; la inversión posee reducida liquidez, pues no puede liquidarse hasta el final del período de la operación financiera que supone; en el momento final del periodo de la operación de financiación de capital-riesgo, se materializan los ingresos mediante un mecanismo de salida que puede consistir en la venta a un tercero, colocación en el mercado de valores, venta al propio equipo directivo o a los socios o recapitalización mediante reapalancamiento de la sociedad y recompra.

⁶⁴⁵ El tema excede del marco de la presente investigación. No obstante, la doctrina considera que este apartado de la norma incluye tres grandes supuestos que no tienen cabida en los apartados anteriores: A) En primer lugar, hay actividades que, pese al principio de objeto exclusivo y reservado, no son absolutamente privativas de las entidades citadas en apartados anteriores por lo que pueden ser llevadas a cabo por otros sujetos. Sería el caso, por ejemplo, del promotor de un plan de pensiones, que puede ser cualquier entidad, empresa, asociación o colectivo en general que inste la creación de un plan de pensiones y participe en su gestión. En tal caso, en la medida en que promueve el plan y éste se dirige a consumidores, estaría sometida a la Ley . B) En segundo lugar y respecto de las actividades que sí son exclusivas de entidades incluidas en apartados anteriores, puede darse el caso de que estas entidades operen “de facto” al no haber cumplido aún las exigencias legales para que se autorice su actividad. En tales casos, aunque no hubiesen cumplido los requisitos legales exigidos para el ejercicio de su actividad, los consumidores estarían protegidos al aplicarse la norma. C) Y, finalmente, aquellas entidades dotadas de personalidad jurídica que se dedican a la intermediación financiera en sentido amplio, pero no aparecen en el listado, aunque sí aparezcan otras similares o relacionadas con ellas. Sería el caso de las propias entidades de capital-riesgo o las entidades de inversión colectiva, no incluidas expresamente en el

Quizá el supuesto más relevante sea el de aquellas empresas, personas físicas o jurídicas, que, no teniendo la consideración de entidades de crédito, realizan de manera profesional la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, o bien la intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción⁶⁴⁶.

- ix. Las sucursales en España de entidades extrajeras de la misma naturaleza que las anteriores, que figuren inscritas en alguno de los registros administrativos de entidades a cargo del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, cuando se trate de determinadas empresas aseguradoras. Se trata de sucursales de entidades extranjeras, entendiendo por tales todo establecimiento secundario, dotado de representación permanente y de cierta

listado. En tal sentido, QUINTANS EIRAS, R., “Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, págs. 1857-1858.

⁶⁴⁶ Se trata de la actividad y de las empresas reguladas en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE núm. 79, 1 de abril de 2009). En el apartado 3 del art. 1 de la norma se establece expresamente el sometimiento de su actividad a la LCDSFC cuando la comercialización se lleve a cabo a distancia. Adicionalmente, se añade que “*en caso de conflicto, será de aplicación la norma que contenga un régimen más preciso de control de las actividades definidas en el apartado primero o suponga una mayor protección de los consumidores y usuarios*”, lo que igualmente supone la aplicación de la LCDSFC como Ley especial y más detallada que la Ley 2/2009 en la materia. En igual sentido se manifiesta la doctrina, SERRA RODRIGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación* (PLAZA PENADES, J. Dir.), Cizur Menor, 2013, págs. 236-237.

autonomía de gestión⁶⁴⁷, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad, tal y como las define el art. 295 del Reglamento del Registro Mercantil⁶⁴⁸. Adicionalmente a ello, se establecen normas sobre la aplicación de la Ley a los proveedores establecidos en otro Estado Miembro de la Unión Europea e incluso, si estuvieren establecidos fuera de la Unión, también le será de aplicación cuando dirijan sus servicios específicamente al territorio español⁶⁴⁹.

- b. Puede tratarse, en segundo lugar, de una persona pública o privada, si bien en la enumeración que hemos expuesto de qué personas pueden prestar servicios financieros, tan sólo aparece como entidad pública el Instituto de Crédito Oficial⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ No obstante dicha autonomía, la jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia viene exigiendo el sometimiento a la dirección y al control de la empresa principal. Así se establece en la sentencia de 6 de octubre de 1976, asunto C-14/76, donde se trataba de interpretar el art. 5.5 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 para determinar si un concesionario de ventas en exclusiva reunía las características necesarias para ser considerado como una sucursal de su concedente, dándose la circunstancias fáctica de que carecía de facultades de actuar en su nombre ni de obligarle y que no estaba sometido ni a su dirección ni a su control.

⁶⁴⁸ Aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996).

⁶⁴⁹ No resulta fácil determinar si un determinado empresario dirige sus servicios específicamente al territorio de un Estado miembro. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea lleva al análisis de cada caso concreto, aunque existen algunos criterios tanto positivos como negativos que ya han sido objeto de estudio por el Tribunal. Así, el mero hecho de tener una página web accesible en cualquier Estado no es determinante y tampoco que en ella aparezca la dirección electrónica o postal del vendedor o un teléfono sin prefijo internacional. Tampoco lo es la lengua o la divisa utilizadas, aunque sí puede tomarse en consideración como indicio la admisibilidad de lengua o divisa distinta de la del Estado miembro en que el prestador de servicios se encuentra domiciliado. También se admiten como criterios positivos la mención de números de teléfono con prefijo internacional o la utilización de un nombre de dominio distinto al del Estado miembro donde se encuentra establecido el proveedor de servicios o la utilización de nombres de dominio neutros como «.com» o «.eu». Al respecto, puede consultarse PANIZA FULLANA, A., “La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010: algunos aspectos relativos a la protección del consumidor en la contratación de servicios turísticos en internet”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2011, BIB 2010\3265.

⁶⁵⁰ No pueden considerarse personas jurídicas públicas aquellas entidades de crédito que en la actualidad son propiedad del Estado a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), regulado en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2015). El art. 52.2 de la referida norma califica al FROB como entidad de Derecho Público, si bien el art. 32.2 aclara que su régimen jurídico no se extenderá a las entidades por él participadas de conformidad con lo previsto en dicho precepto —es decir, mediante la adquisición de acciones ordinarias o la realización de aportaciones al capital de las mismas.

- c. La tercera característica es que preste servicios financieros a distancia, por lo que se hace necesario conocer la definición de ambos conceptos, de un lado, la de servicios financieros y, de otro, la de prestación a distancia.

c.1. Por lo que respecta a los servicios financieros, pueden definirse inicialmente como aquellos que se prestan en el mercado financiero, integrado por el sector bancario, el sector asegurador y el sector del mercado de valores⁶⁵¹. La LCDSFC, no obstante, para evitar cualquier duda al respecto, se encarga de enumerar y definir qué se entiende por servicios financieros a los efectos de la norma⁶⁵²:

- los servicios bancarios, de crédito o de pago, entendiendo por tales las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito⁶⁵³.

⁶⁵¹ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “La contratación en el mercado de valores”, en *Derecho Mercantil*, Vol. II, (coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), 14ª Ed., Madrid, 2010, pág. 355, para quien el “mercado financiero se estructura alrededor del mercado de capitales o valores, de la organización bancaria y de las sociedades de capitalización y ahorro, dedicadas estas últimas, principalmente, a los seguros de vida y fondos de pensiones”. Una definición más centrada en los aspectos económicos puede encontrarse en MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J.A., CALVO GONZÁLEZ, J.L., *Banca y mercados financieros*, Valencia, 2009, pág. 21, que lo definen como “el conjunto de instituciones, medios y mercados en el que se organiza la actividad financiera, de tal modo que ha de canalizar el ahorro, haciendo que los recursos que permiten desarrollar la actividad económica real (producir y consumir, por ejemplo) lleguen desde aquellos individuos excedentarios en un momento determinado hasta aquellos otros excedentarios”.

⁶⁵² Debe tenerse en cuenta que su ámbito de aplicación es más amplio que la definición contenida en la redacción actual del TRLCU, cuyo art. 59 bis define a los servicios financieros como “todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión privada, de inversión o de pago”, dejando al margen a la actividad de mediación en los seguros.

⁶⁵³ El art. 52 de la Ley 26/1988, derogada en la actualidad, incluía un extenso listado de actividades consideradas como propias de las entidades financieras, incluyendo la *captación de depósitos u otros fondos reembolsables; la concesión de préstamos y créditos, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales; las de "factoring" con o sin recurso; la de arrendamiento financiero; los servicios de pago; la emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios; la concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares; la intermediación en los mercados interbancarios; las operaciones por cuenta propia o de su clientela que tengan por objeto valores negociables, instrumentos de los mercados monetarios o de cambios, instrumentos financieros a plazo, opciones y futuros financieros y permutas financieras; la participación en las emisiones de valores y mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en su colocación y aseguramiento de la suscripción de emisiones; el asesoramiento y prestación de servicios a empresas en materias de estructura de capital, estrategia empresarial, adquisiciones, fusiones y materias similares; la gestión de patrimonios y asesoramiento a sus titulares; la actuación, por cuenta de sus titulares como depositarios de valores representados en forma de títulos, o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta; la*

- Los servicios de inversión, entendiendo por tales los definidos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores⁶⁵⁴.

- Las operaciones de seguros privados, entendiendo como tales las definidas en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre⁶⁵⁵.

realización de informes comerciales y el alquiler de cajas fuertes. La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito sigue un criterio diverso y se limita, en su art. 1, a definir a las entidades de crédito como aquellas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. Por otro lado, el art. 3.1 les reserva la “*actividad de captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas*”. Dado que el precepto alude también a los servicios de pago, al no incluirse su definición en la Ley 17/2014, debemos remitirnos igualmente a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (BOE núm. 275, de 14 de noviembre), que en su art. 1, apartado segundo, considera como tales: a) Los servicios que permiten el ingreso de efectivo en una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de la propia cuenta de pago; b) Los servicios que permiten la retirada de efectivo de una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de la propia cuenta de pago; c) La ejecución de operaciones de pago, incluida la transferencia de fondos, a través de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago del usuario u otro proveedor de servicios de pago: 1.º Ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes, 2.º Ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar, 3.º Ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes; d) La ejecución de operaciones de pago cuando los fondos estén cubiertos por una línea de crédito abierta para un usuario de servicios de pago: 1.º Ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes, 2.º Ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar, 3.º Ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes; e) La emisión y adquisición de instrumentos de pago; f) El envío de dinero; g) La ejecución de operaciones de pago en las que se transmita el consentimiento del ordenante a ejecutar una operación de pago mediante dispositivos de telecomunicación, digitales o informáticos y se realice el pago a través del operador de la red o sistema de telecomunicación o informático, que actúa únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el prestador de bienes y servicios.

⁶⁵⁴ En la actualidad, la referencia debe entenderse realizada al Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE núm. 255, de 24 de octubre). De acuerdo con su artículo 140, se consideran servicios de inversión los siguientes: a) La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros; b) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes; c) La negociación por cuenta propia; d) La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes; e) La colocación de instrumentos financieros sin base en un compromiso firme; f) El aseguramiento de instrumentos financieros o colocación de instrumentos financieros sobre la base de un compromiso firme; g) El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros y no considerándose asesoramiento las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, que sólo tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial; y h) La gestión de sistemas multilaterales de negociación.

⁶⁵⁵ La remisión debe entenderse hecha, en la actualidad, a la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (BOE núm. 168, de 15 de julio), cuyo artículo 3 considera actividades sometidas a la propia norma las siguientes: a) Las actividades de seguro directo de vida y de seguro directo distinto del seguro de vida; b) Las actividades de reaseguro; c) Las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro que practiquen las entidades

- Los planes de pensiones, entendiendo por tales los definidos en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre⁶⁵⁶.

- La actividad de mediación en seguros, tal y como se define en el artículo 2 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados⁶⁵⁷.

c.2. La prestación a distancia es otro requisito de los contratos regulados por la LCDSFC, pues la delimitación de su objeto en el art. 4 se circunscribe a aquellos en que se utilicen exclusivamente⁶⁵⁸ técnicas de comunicación a distancia, incluida la propia celebración del contrato⁶⁵⁹. A las técnicas de comunicación a distancia se refiere el párrafo tercero del precepto, pudiendo

aseguradoras y reaseguradoras; d) Las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora; e) Cualesquiera otras actividades cuando se establezca expresamente en una norma con rango de Ley .

⁶⁵⁶ De acuerdo con el art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE núm. 298, de 13 de diciembre), “*los planes de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y, en la medida permitida por la presente Ley , las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse*”, añadiendo que “*sus prestaciones no serán, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas*”.

⁶⁵⁷ La Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (BOE núm. 170, de 18 de julio) define en su art. 2 las actividades mercantiles de mediación de seguros y reaseguros privados como “*la mediación entre los tomadores de seguros o de reaseguros y asegurados, de una parte, y las entidades aseguradoras o reaseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora o reaseguradora privadas, de otra. A tales efectos, se entenderá por mediación aquellas actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro*”.

⁶⁵⁸ La utilización del adverbio *exclusivamente* es objeto de crítica por la doctrina, que la considera defectuosa. En efecto, al referirse a la negociación y celebración del contrato se olvidan otras etapas de la vida del contrato, como la administración, ejecución y consumación, que son relevantes en los servicios financieros, normalmente de duración y tracto sucesivo. Además, el requerimiento de que la utilización sea exclusiva es un desacierto puesto que el cambio de modo constituye un supuesto frecuente incluso en el periodo de formación contractual, ya que una oferta inicialmente efectuada en papel puede conducir a un sitio web donde se continúe la negociación. En tal sentido, ILLESCAS ORTIZ, R.: “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 84, julio 2007, págs. 20-21.

⁶⁵⁹ La norma es repetitiva en la delimitación de su objeto pues con anterioridad el art. 1 ha establecido que se circunscribe a los contratos *prestados, negociados y celebrados a distancia*.

entenderse que son aquellas en las que no hay presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor⁶⁶⁰.

La falta de presencia física y simultánea de las partes contratantes no es un fenómeno nuevo, pues en el Código Civil y el Código de Comercio se contenían normas para la contratación por carta, al objeto de determinar el momento y el lugar de la perfección de estos contratos que se celebraban “*entre ausentes*”. La única especialidad de los mismos era precisamente la necesidad de conocer cuándo y dónde se perfeccionaban, dándose además la circunstancia de que la solución era diversa para el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, más preocupado este último por la agilidad en la contratación⁶⁶¹.

Sin embargo, el concepto de contrato a distancia ha adquirido significado propio en las Directivas comunitarias y, por tanto, en la normativa nacional. En la actualidad, la definición de contrato a distancia se contiene en el art. 2 apartado 7 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que considera tal a “*todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración de los mismos*”. De este modo, quedan

⁶⁶⁰ En palabras de RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Cizur Menor, 2002, pág. 461, “*lo que caracteriza a la negociación a distancia es, precisamente, la falta de presencia de los contratantes y la utilización de un mensaje interpuesto, transmitido en tiempo real o en diferido, al que sigue una respuesta en el acto (interactiva) o diferida, fase en la que el tratamiento se identifica con la negociación fuera del establecimiento. La contratación por medio de técnicas de comunicación a distancia está en permanente evolución*”.

⁶⁶¹ En efecto, mientras el Código Civil optaba en su art. 1262 por considerar perfeccionado el contrato cuando el oferente tuviera conocimiento de la aceptación y como lugar del contrato el de emisión de la oferta (teoría de la recepción), el Código de Comercio en el art. 54 prefería como determinantes el lugar y fecha de la emisión de la aceptación (teoría de la emisión). Situación ésta a la que puso término la Disposición Adicional 4ª de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que dio idéntica redacción para ambos preceptos, según la cual “*hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta*”. Al respecto, se ha publicado una abundante literatura. Un resumen de la misma puede verse en BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Perfección del contrato en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico: la unificación de criterios”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 100, 2009, p. 3-102.

excluidos del concepto todos aquellos contratos que no cumplan tales requisitos, aunque se celebren sin la presencia física simultánea de ambas partes⁶⁶².

Por otro lado, las técnicas de comunicación a distancia pueden consistir en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares⁶⁶³, lo que lleva a la doctrina a indicar que esta amplitud de medios previstos asegura la fluidez en la comunicación y la seguridad en las relaciones negociales reclamadas por el mercado⁶⁶⁴. Debe tenerse en cuenta que la utilización de estas técnicas electrónicas, telemáticas o informáticas, por lo que respecta a las notificaciones o comunicaciones realizadas a distancia, deberán garantizar la integridad del mensaje, su autenticidad y su no alteración⁶⁶⁵.

La utilización de técnicas de comunicación a distancia se convierte de este modo en elemento esencial de este tipo de contratos y desempeña, de acuerdo con la doctrina⁶⁶⁶, hasta cuatro funciones distintas: a) Como elemento

⁶⁶² OCHOA ARRIBAS, C., “Principales aspectos de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 17/2008, 2 (Versión electrónica) sintetiza los requisitos exigidos por la norma en tres: en primer lugar, para su negociación y celebración debe utilizarse una técnica de comunicación a distancia; en segundo lugar, sin presencia física del proveedor y el consumidor; y, en tercer lugar, esa técnica de comunicación a distancia consiste en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares.

⁶⁶³ Opta la Ley por una enumeración amplia de los medios que se consideran técnicas de comunicación a distancia, acorde con el Preámbulo de la Directiva en cuyo apartado 15 se especifica que “*la evolución permanente de estas técnicas exige la definición de principios válidos incluso para las que todavía se utilizan poco*”. La Directiva 97/7/CE contenía un Anexo I que contenía una lista no exhaustiva de estas técnicas, que la doctrina agrupa en cuatro categorías: medios en soporte documental que permiten comunicarse a distancia (impresos con o sin destinatario, carta normalizada, etc.), comunicaciones telefónicas o transmitidas por teléfono (teléfono con o sin intervención humana, fax, etc.), comunicaciones a través de televisión o radio (videotexto, pantallas de televisión, etc) y finalmente comunicaciones por correo electrónico. En tal sentido, ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Cizur Menor, 2003, pág. 168. En la actualidad, el art. 92.1 TRLCU incluye exclusivamente el correo postal, internet, el teléfono o el fax, siguiendo a la Directiva 2011/83/UE que alude a estas mismas técnicas en el apartado 20 de su Preámbulo.

⁶⁶⁴ FLORES DOÑA, M.S.: “Naturaleza y caracterización general de la contratación bancaria electrónica con el consumidor”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 8.

⁶⁶⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro”, *Foro Galego: revista xurídica*, nº 198, 2008, pág. 196. En consecuencia, deben utilizarse mecanismos “*que garantice la constatación de la fecha del envío y recepción del mensaje, su accesibilidad, conservación y reproducción, de tal manera que las técnicas empleadas por las partes en la contratación del seguro garantice la protección de los consumidores en materia de contratos celebrados a distancia*”.

⁶⁶⁶ FLORES DOÑA, M.S.: “El soporte intangible en la contratación de servicios financieros”, en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 489-490.

conceptual, pues el concepto de técnicas de comunicación a distancia se integra en las definiciones de comercialización de servicios financieros así como en la de contrato de servicio financiero; b) Supone, por otro lado, el reconocimiento implícito de la modalidad de consentimiento electrónico, toda vez que se celebra el contrato, y por tanto se expresa el consentimiento que el mismo implica, mediante técnicas de comunicación a distancia; c) Se recoge su carácter de forma de comunicación entre las partes, de carácter permanente y de modo continuado tal y como se desprende del art. 5; y d) Finalmente, constituye el soporte de toda la contratación, de carácter duradero y de permanente reproducibilidad y accesibilidad de la información.

Esta última función que cumplen las técnicas de contratación a distancia enlaza con el concepto de soporte duradero, definido en la Ley como todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada⁶⁶⁷. El concepto de soporte duradero no sólo es esencial para la

⁶⁶⁷ Debe entenderse superada por obsoleta la enumeración meramente enunciativa contenida en el Considerando 20 del Preámbulo de la DCDSFC, que incluía “*en particular los disquetes informáticos, los CD-ROM, los DVD y los discos duros de los ordenadores de los consumidores en que estén almacenados mensajes de correo electrónico, pero a menos que responda a los criterios de la definición de soportes duraderos, una dirección internet no constituye un soporte duradero*”. Parece más adecuada la definición actual contenida en la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, en concreto en el apartado 10 del art. 2, en los siguientes términos: “*todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios*”. Incluso en cuanto a la referencia a una dirección de internet, debe entenderse superada, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha tenido una evolución al respecto. Así, mientras que la sentencia de 5 de julio de 2012, dictada en el asunto C-49/11 consideraba que la práctica de dar acceso al consumidor de la información obligatoria mediante un hipervínculo a un sitio de internet de la empresa predponente no cumple las exigencias del concepto de soporte duradero, en cambio, en sentencia de 25 de enero de 2017, dictada en el asunto C-375/15, ha dictaminado a favor de considerar como soporte duradero un buzón de correo electrónico del cliente en el marco de un sistema de banca electrónica. En efecto, tras reiterar su propia doctrina de que el soporte duradero “*debe garantizar al consumidor, al igual que el soporte papel, la posesión de la información requerida para que, en caso necesario, pueda ejercitar sus derechos*” e indicar que “*es pertinente a este respecto, la posibilidad para el consumidor de almacenar la información dirigida personalmente a él, la garantía de que no se ha alterado el contenido de la información, la accesibilidad a ésta por un periodo de tiempo adecuado y la posibilidad de reproducirla sin cambios*”, concluye que la facilitación de información a un consumidor mediante un buzón de correo electrónico integrado en un sitio de internet de banca electrónica se entenderá incluida en un soporte duradero si se cumplen dos requisitos: “*ese sitio de internet permite al usuario almacenar la información que se le envía personalmente de manera que puede acceder a ella y*

información precontractual y documentación del contrato, sino también para el propio ejercicio del derecho de desistimiento, como expondremos en este mismo capítulo.

Una última observación sobre las técnicas de comunicación a distancia viene constituida por el derecho atribuido al consumidor de cambiar, en cualquier momento la técnica de comunicación a distancia utilizada, así como exigir que se le facilite el contrato en soporte papel, todo ello de acuerdo con el art. 9 de la Ley ⁶⁶⁸. Si bien la posibilidad de cambio de técnica de comunicación a distancia no ofrece obstáculo alguno⁶⁶⁹, no ocurre lo mismo con ese “*derecho al papel*”, que refleja un apego excesivo al mismo⁶⁷⁰ y una evidente conculcación del principio de equivalencia funcional⁶⁷¹, así como una incoherencia interna de la

reproducirla sin cambios, durante un período de tiempo adecuado, sin que sea posible ninguna modificación unilateral de su contenido por el proveedor o por cualquier otro profesional; y si el usuario de servicios de pago está obligado a consultar ese sitio de internet para tener conocimiento de dicha información, la transmisión de esta información se ve acompañada de un comportamiento activo del proveedor de servicios de pago destinado a poner en conocimiento del usuario la existencia y disponibilidad de la información en ese sitio de internet”.

⁶⁶⁸ TAPIA SÁNCHEZ, M. R., “La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 42 valora positivamente estos dos derechos del consumidor pues vienen a ampliar su protección.

⁶⁶⁹ La doctrina lo valora positivamente, en el sentido de que permite evitar las molestias derivadas del uso de una determinada técnica, inicialmente consentida por el consumidor pero que con posterioridad, cambia de opinión. En tal sentido, GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 84, criticando en cambio que el hecho de que la contratación a distancia se ha de desarrollar a través de un sistema organizado por el empresario supone conceder a éste la facultad de obstaculizar este derecho.

⁶⁷⁰ En el mismo sentido ha de entenderse la redacción de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012). En la regla Novena, dedicada a la entrega de documentos contractuales, se regula la obligación de entrega gratuita al cliente del documento contractual, lo que podrá hacerse bien en soporte electrónico duradero que permita su lectura, impresión, conservación y reproducción sin cambios, bien mediante copia en papel entregada al cliente. Se indica, además, que en los contratos que se formalicen a distancia, deberá respetarse lo dispuesto en la LCDSFC, a cuyo efecto, se impone a la entidad de crédito la obligación de conservar constancia documental de lo contratado por medios electrónicos, sin duda con el objeto de traspasar a papel dicha documentación en caso de que el consumidor ejercitara lo que hemos denominado “derecho al papel”.

⁶⁷¹ No obstante, se está produciendo una evolución jurisprudencial favorable a la desaparición de este “derecho”. Así ha ocurrido recientemente en una materia en la que ni siquiera resulta de aplicación el principio de equivalencia funcional recogido en la LSSI, como es la materia laboral y en concreto la posibilidad de sustituir la obligación del empresario de entregar una copia de la nómina al trabajador en papel por un sistema de acceso personalizado y exclusivo de cada trabajador a la misma en formato informático. En efecto, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2016 (ID CENDOJ 28079140012016100954) estima ajustada a Derecho la decisión unilateral de la empresa

norma, al contradecir abiertamente el concepto que de contrato celebrado a distancia se contiene en el art. 4.3 y que exige la utilización exclusiva de técnicas de comunicación a distancia⁶⁷².

- d. Por último, es preciso que los servicios financieros a distancia se presten en el marco de la actividad del proveedor de servicios y, en concreto, a través de un sistema organizado por éste, lo que viene exigido en el art. 4 de la Ley . Se trata de un requisito esencial, pues, como señala la doctrina, lo importante para definir el contrato a distancia es el sistema organizado al efecto, caracterizado por el uso de técnicas de comunicación a distancia con la consiguiente falta de presencia simultánea de las partes contratantes, lo que determina la imposibilidad de conocer las características del servicio en concreto antes de la celebración del contrato y que justifica el derecho de desistimiento⁶⁷³. Quedan excluidos por tanto las prestaciones de servicios ocasionales y prestadas al margen de una estructura comercial cuyo objetivo sea celebrar contratos a distancia⁶⁷⁴. Así, carecen de tal estructura comercial aquellas empresas que sólo se anuncian utilizando un medio de comunicación, como la guía telefónica, prensa, radio, televisión o incluso una página web⁶⁷⁵.

por entender que “*el cambio del soporte papel a soporte informático en la entrega de las nóminas no supone perjuicio ni molestia alguna para el trabajador*”. Es importante la resolución porque supone un cambio de decisión respecto a la misma cuestión, que le fue sometido con anterioridad y que se resolvió en sentido negativo mediante sentencia de la misma Sala de 22 de diciembre de 2011. Como la propia sentencia se ocupa de resaltar, “*a la vista del tiempo transcurrido desde que se dictó la misma y de la generalización de la utilización del soporte informático en lugar del soporte papel para almacenar y comunicar datos, documentos, decisiones..., utilizado profusamente tanto en el ámbito privado como en la Administración Pública, así como de la facilidad y accesibilidad para los trabajadores que ofrece el nuevo sistema implantado por la empresa recurrida Transportes Unidos de Asturias, S.L., se ha considerado necesario rectificar la doctrina contenida en dicha sentencia*”. A la vista de este pronunciamiento jurisprudencial, es posible que en caso de plantearse la cuestión en la materia que nos ocupa, se decidiese de la misma manera.

⁶⁷² ILLESCAS ORTIZ, R.: “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 84, julio 2007, págs. 20-21 lo define como “falso atributo positivo de la exclusividad electrónica”.

⁶⁷³ ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Cizur Menor, 2003, pág. 160.

⁶⁷⁴ Así se indica en el Considerando 18 del Preámbulo de la DCDSFC.

⁶⁷⁵ ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Cizur Menor, 2003, pág. 163.

Este requisito, también presente en la Directiva 97/7/CE de contratos a distancia –en la que fue introducida por el Parlamento Europeo–, se ha mantenido en la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores e incluso se ha ampliado a aquellos supuestos en que el empresario se integra en los sistemas ofrecidos por un tercero⁶⁷⁶, siendo por ello objeto de críticas por la doctrina al considerar que de este modo se presta menor protección a aquellos consumidores que adquieren mediante técnicas de comunicación a distancia de empresarios que no han creado un sistema *ad hoc*⁶⁷⁷. No obstante, la Directiva permite en el considerando 13 de su Preámbulo que los Estados miembros apliquen sus disposiciones a contratos no incluidos en su concepto de contrato a distancia por no haberse celebrado en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia. Posibilidad que no ha utilizado el Legislador español⁶⁷⁸.

III.5. Plazo de ejercicio del derecho de desistimiento.

Como se ha expuesto con anterioridad, el ejercicio del derecho de desistimiento está sometido a un plazo de ejercicio que ha de ser necesariamente breve al objeto de salvaguardar la seguridad jurídica. Así, el art. 10 de la LCDSFC establece que el consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato, plazo que se amplía a treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida.

⁶⁷⁶ Según el párrafo 20 del Preámbulo de la Directiva, “*el concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia debe incluir los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del comerciante pero utilizado por éste, como una plataforma en línea*”.

⁶⁷⁷ En tal sentido, MIRANDA SERRANO, L.M., “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 11, 2012, págs. 86-88, quien propugna una interpretación restrictiva de tal modo que para que se entienda cumplido el requisito de la existencia de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia bastará acreditar que el operador económico posee una cierta estructura –por mínima que sea– que le permita contratar a distancia de modo habitual con sus potenciales clientes.

⁶⁷⁸ En efecto, el art. 92 del TRLCU, tras la reforma introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de reforma del mismo para la trasposición de la Directiva 2011/83/UE sigue incluyendo el requisito en la definición del contrato a distancia que se configura como aquel celebrado a distancia con los consumidores y usuarios *en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia*, sin la presencia física simultánea de las partes y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de celebración del contrato y en la propia celebración del mismo.

La cuestión del plazo durante el cual cabe el ejercicio del derecho de desistimiento - su duración, la condición de hábiles o naturales de los días que lo integran e incluso el momento a partir del cual se inicia su cómputo- es una de las que ha tenido más diversidad de soluciones tanto en las Directivas comunitarias que han establecido este derecho, cuanto en las normas del Derecho interno, pudiendo decirse que con la normativa sobre comercialización a distancia de servicios financieros se ha uniformado su regulación.

En efecto, con anterioridad a la DCDSFC, el plazo había oscilado entre los siete días establecidos en la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales⁶⁷⁹ así como en la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia⁶⁸⁰, y los diez días establecidos en la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido⁶⁸¹. La idea era que el consumidor tuviera siempre, al menos, un fin de semana para reflexionar sobre la adquisición realizada.

Esta divergencia de plazos fue puesta de manifiesto al tiempo de la publicación de la Directiva, mediante la Declaración del Consejo y del Parlamento Europeo sobre el apartado 1 del art. 6, por la que se encomendó a la Comisión el estudio de la posibilidad y conveniencia de armonizar el método de cálculo del período de reflexión en el marco de la legislación existente en materia de protección de los consumidores, en particular en la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre, relativa a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales⁶⁸².

⁶⁷⁹ El art. 5 de la misma establecía un “*plazo mínimo de siete días*”.

⁶⁸⁰ El art. 6 establecía que “*el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato*”.

⁶⁸¹ El art. 5 establecía el derecho a resolver el contrato sin alegar motivos “*dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes*”, añadiendo que “*en caso de que el décimo día sea festivo se prolongará dicho plazo hasta el primer día laborable siguiente*”.

⁶⁸² DOCE núm. L 144, de 4 de junio de 1997.

De ahí que en la siguiente Directiva que reconoció un derecho de desistimiento, en concreto la DCDSFC, se fijara un plazo de catorce días, que es el que se ha mantenido en las posteriores Directivas⁶⁸³ y que finalmente ha sido adoptado con carácter general en la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores⁶⁸⁴.

Por lo que respecta a la normativa estatal, el plazo ha experimentado cambios similares a los que se han producido en las Directivas comunitarias, por lo que oscilan entre los siete⁶⁸⁵ y los diez días⁶⁸⁶, si bien a partir de la LCDSFC se fijan en catorce días⁶⁸⁷, tal y como se establece en su art. 10.

⁶⁸³ Así ocurre con la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, que establece un plazo de catorce días civiles en su art. 14, y con la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, cuyo art. 6 se refiere al plazo de catorce días naturales.

⁶⁸⁴ En concreto, el considerando 40 de su Preámbulo es sumamente clarificador al respecto: “*las actuales diferencias en los plazos de desistimiento en función de los Estados miembros y en lo que respecta a los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento generan inseguridad jurídica y costes de cumplimiento. Debe aplicarse el mismo plazo de desistimiento a todos los contratos a distancia y a los contratos fuera del establecimiento*”. No se sigue esta tendencia en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento UE nº 1093/2010, que permite a los Estados miembros establecer un período para ejercer un derecho de desistimiento tras la celebración del contrato por un plazo mínimo de siete días. Quizá la explicación sea que se permita el establecimiento de un periodo de reflexión antes de la celebración del contrato o de un período para ejercer el desistimiento o una combinación de ambas cosas, con lo cual el plazo total sería de catorce días.

⁶⁸⁵ El plazo de siete días se establece en el art. 5 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, el art. 4 del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, y el 44 de la LOCM, tanto en su versión original como tras la reforma efectuada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, para la trasposición al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia.

⁶⁸⁶ Así se contempla en el art. 10 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguladora de los derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico.

⁶⁸⁷ Así ocurre con el Real Decreto Ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, cuyo artículo 12 fija el plazo en catorce días, así como el mismo precepto de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Igualmente, se recoge el plazo de catorce días en el art. 28 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Sin embargo, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles mantiene el plazo de siete días en su art. 9. La explicación es que esta norma no tiene como precedente una Directiva comunitaria, sino que se dicta para actualizar la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta a plazos de bienes muebles tras la promulgación de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de

Esta misma modificación en los plazos de ejercicio del derecho de desistimiento se ha producido por lo que atañe a la consideración de laborables o naturales. En materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, la Directiva 85/577 no especificaba nada al respecto y tampoco lo hacía la Ley 26/1991 de trasposición al Derecho interno, por lo que la doctrina consideraba que se trataba de días naturales. Así se desprende de las normas sobre plazos vigentes en aquel momento, el Reglamento (CEE, EURATOM) nº 1182/71, del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos⁶⁸⁸, que establecía en su art. 3.3 que los plazos comprenderán los días feriados, los domingos y los sábados, salvo si estos quedan expresamente excluidos o si los plazos se expresan en días hábiles; y el Código Civil, cuyo art. 5.2 establece que en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles. En el mismo sentido se pronunciaba la doctrina⁶⁸⁹, dando por sentado que estamos ante plazos civiles y han de computarse conforme al Código Civil.

En cambio, la Directiva 1997/7/CE modificó el criterio, al introducir en su art. 6 el plazo de “*siete días laborables*”, sin que se aclare el motivo de este cambio de criterio en su Preámbulo y provocando, como ya hemos expuesto, la Declaración del Consejo y del Parlamento Europeo sobre el apartado 1 del art. 6, por la que se encomendó a la Comisión el estudio de la posibilidad y conveniencia de armonizar el método de cálculo del período de reflexión en el marco de la legislación existente en materia de protección de los consumidores. El mismo criterio siguió tanto la LOCM tras su modificación por

crédito al consumo –que sí provenía de una Directiva comunitaria-, al haber superposición de ambas normas. El derecho de desistimiento no se regula ni en la Ley 7/1995 ni en la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo y de ahí que la Ley 28/1998 respete la redacción de 1965, “*salvo precisiones de menor entidad*”, como se indica en su Exposición de Motivos. Entre esas precisiones, no se incluye la ampliación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento.

⁶⁸⁸ DOUE núm. 124, de 8 de junio de 1971.

⁶⁸⁹ En tal sentido, GARCÍA VICENTE, J.R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Elcano (Navarra), 1997, pág. 187; MIRANDA SERRANO, L.M., “El desistimiento del consumidor en la contratación fuera de los establecimientos mercantiles: fundamentación y disciplina”, *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 5, 2009, pág. 300.

la Ley 47/2002 para la trasposición de la Directiva, como el Real Decreto 1906/1999, sobre contratación telefónica o electrónica⁶⁹⁰.

Debe tenerse en cuenta, además, el problema que supone el establecimiento de días laborables para el ejercicio de un plazo cuando estamos ante comercio transfronterizo en el que los calendarios pueden ser distintos en el lugar del domicilio del consumidor y el lugar donde se encuentra instalado el empresario. Lo mismo cabe decir, a nivel interno, en un Estado como el nuestro dividido en comunidades autónomas con distintas festividades y calendarios laborales⁶⁹¹.

De ahí que se volviera al sistema de días naturales en las siguientes Directivas adoptadas, entre ellas la DCDSFC, que establece el plazo de catorce días naturales como norma general y treinta días naturales en los contratos relacionados con seguros de vida y jubilaciones personales⁶⁹², sin que se incluya ninguna explicación respecto a esa diversidad de plazos⁶⁹³. La Ley estatal establece los mismos plazos⁶⁹⁴ si bien

⁶⁹⁰ Ambas normas hacen referencia a días *hábiles*, término no del todo apropiado, según la doctrina: ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Cizur Menor, 2003, pág. 356.

⁶⁹¹ El problema lo solucionó la LOCM al establecer que “*será la Ley del lugar donde se ha entregado el bien la que determine qué días han de tenerse por hábiles*” (art. 44.1. in fine) y “*la Ley del lugar donde ha de prestarse el servicio la que determine qué días son hábiles para el ejercicio del derecho de desistimiento*” (Disposición Adicional Primera, 5).

⁶⁹² Para VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 184, la opción en el sector de servicios financieros por los días naturales en vez de los días hábiles “*no descansa directamente en una razón de especialidad de la contratación a distancia de servicios financieros, sino, en todo caso, en la amplitud de los plazos que se prevén en ese sector, lo que probablemente haría insoportablemente largos los plazos de catorce o treinta días si en lugar de ser naturales fueran hábiles*”.

⁶⁹³ La doctrina se muestra muy crítica al respecto. Así, SIRVENT GARCIA, J., “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, n° 96, 2009, pág. 75, quien indica que “*no alcanzamos a ver el porqué de este diferente tratamiento jurídico, que trae como consecuencia que se proteja mucho más al consumidor que contrata con un banco un seguro de vida que a aquel que realiza cualquier contrato bancario*”, añadiendo que “*no se entiende por qué hay que proteger más al consumidor que contrata un seguro de vida con un banco electrónicamente que al que, por ejemplo, contrata un préstamo utilizando la misma vía telemática; en todo caso, quizá habría que proteger más a este último, ya que su contrato genera intereses y otros gastos que no se generan en el seguro de vida*”. Aunque compartimos la crítica sobre la diversidad de plazos, no debemos olvidar que este mismo plazo de treinta días existe también para la contratación física de los seguros de vida de duración superior a seis meses y quizá ahí se encuentre la explicación de esta dualidad. La Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios, establecía en su versión original un plazo de entre catorce y treinta días naturales para que el tomador pudiera renunciar a los efectos del contrato, con independencia de la forma de contratación. La DCDSFC da nueva redacción a su art. 15 y amplía el plazo al máximo de treinta días. Coherentemente con ello, el plazo que establece

limitando el de treinta días para los seguros de vida⁶⁹⁵, al excluirse del derecho de desistimiento tanto los planes de pensiones como los planes de previsión asegurados⁶⁹⁶.

El *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento también ha suscitado polémicas. La LCDSFC, coincidente en este punto con la Directiva, establece que el plazo empezará a correr desde el día de la celebración del contrato, salvo en relación con los seguros de vida, en cuyo caso el plazo comenzará cuando se informe al consumidor que el contrato ha sido celebrado⁶⁹⁷, dualidad esta que también es objeto de

para el ejercicio del derecho de desistimiento tiene que distinguir entre el plazo *ordinario* de catorce días y el específico para el seguro de vida, que se amplía a treinta días para que coincida con la nueva duración introducida en la Directiva 90/619/CEE.

⁶⁹⁴ Plazos que la doctrina considera pueden ser objeto de ampliación por las partes del contrato aunque nada se establezca al respecto en la norma. En tal sentido, ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Cizur Menor, 2003, pág. 356. En contra, se ha manifestado FERNÁNDEZ PEREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Madrid, 2009, pág. 308, para quien “a la vista que no hay referencia a la posibilidad de que pueda fijarse uno mayor por las partes, debe entenderse como máximo”. Para VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 184, la autonomía de la voluntad reconocida en el art. 1255 Cc, permite que todo lo que no esté expresamente prohibido es válido. Además, el carácter de máximos de la directiva 2002/65 no es determinante, pues dicho carácter tiene como función limitar el recurso a normas de carácter imperativo por los Legisladores nacionales que puedan tener una incidencia directa en el principio comunitario de libre circulación de mercancías, pero nunca restringir la autonomía privada.

⁶⁹⁵ Este plazo de treinta días se corresponde con el ya establecido en los arts. 6 bis y 83.a de la Ley 50/80, de 8 de octubre, de contrato de seguro (BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980), tras la modificación operada por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, derogado el primero y modificado el segundo por la propia LCDSFC.

⁶⁹⁶ En relación con este asunto, es de destacar la observación de MARIN LOPEZ, J.J., “Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación: la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores”, en *Estudios sobre Consumo*, nº 76, 2006, págs. 5-42, en el sentido de existir un defecto en lo que entonces era el anteproyecto de Ley de trasposición al omitir la referencia a las jubilaciones personales, a pesar de que fundamenta dicho defecto precisamente en la exclusión del derecho de desistimiento en tales casos, lo que pone de manifiesto, a nuestro juicio, que no se trataría de un defecto sino de una disposición coherente internamente. Cuestión distinta es que, como señala el autor, la exclusión de los planes de pensiones no viene recogida en la Directiva y de ahí que propusiera que fuese eliminada durante la tramitación parlamentaria, lo fue rechazado expresamente en los debates parlamentarios, como expusimos *supra*. En el mismo sentido se pronuncia ARROYO APARICIO, A., “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de Ley de incorporación de la Directiva 2002/65/CE”, *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 14, 2007-2, pág. 54, que lo considera una “*incorrecta incorporación de la Directiva a nuestro Ordenamiento*”.

⁶⁹⁷ La norma especial respecto al seguro de vida tiene su razón de ser en la propia normativa del contrato de seguro. En efecto, éste es un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento, pero que debe formalizarse necesariamente por escrito, viniendo el asegurador obligado a la entrega al tomador del seguro de la correspondiente póliza. Será por tanto la entrega de la misma lo que dé inicio al plazo para ejercer el derecho de desistimiento. Esta interpretación se deduce, a nuestro juicio, de la norma contenida en el art. 83.a de la Ley 50/80, de 8 de octubre, de contrato de seguro. El precepto establece un derecho de desistimiento (aunque lo denomine facultad unilateral de resolver) para cualquier seguro de

críticas por la doctrina⁶⁹⁸. La redacción literal parece indicar que debe incluirse en el cómputo el día de su inicio, de tal modo que el día en que se celebre el contrato –o en que se informe de la celebración del contrato de seguro– sería a su vez el primero del total de catorce días naturales. Así se entiende por algún sector de la doctrina que se ha ocupado del asunto⁶⁹⁹.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta interpretación, pues nos encontramos ante un plazo civil y de acuerdo con el art. 5 del Código Civil, siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar el día siguiente⁷⁰⁰. También es la solución adoptada por la normativa comunitaria, en concreto, el Reglamento (CEE, EURATOM) n° 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, que en su art. 3 establece que “*si un plazo expresado en días, semanas, meses o años debe contarse a partir del momento en que sobrevenga un acontecimiento o se cumplimente un acto, el día durante el cual ocurra dicho acontecimiento o se cumplimente dicho acto no se computará en el plazo*”.

vida que tenga una duración superior a seis meses y ello con independencia del modo de contratación, sea o no a distancia. Para propiciar la entrega de la póliza se establece que el cómputo del plazo se iniciará a partir del momento en que el asegurador se la entregue o, al menos, el documento de cobertura provisional. En la contratación a distancia, el requisito de entrega de la póliza se relativiza y sólo se exige que el asegurador informe al consumidor de la contratación del seguro para que comience el cómputo del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento.

⁶⁹⁸ SIRVENT GARCIA, J, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, n° 96, 2009, pág. 75, para quien “no se entiende por qué en el seguro de vida se supedita el comienzo del plazo de desistimiento a la entrega al consumidor de la confirmación de que el contrato de seguro se ha realizado, ¿es que el consumidor no sabe que ha contratado?, ¿cómo es posible que no sepa que ha contratado un seguro de vida si él mismo ha aceptado la oferta de contrato?”.

⁶⁹⁹ GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 240 entiende que el día de la celebración del contrato –o de la información de la celebración del contrato de seguro– “*quedan, literalmente, incluidos en el cómputo del plazo de desistimiento*”. Reforzaría esta interpretación, según la autora, la redacción de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, cuyo art. 9.2 indica, contrariamente a la DCDSFC, que los plazos se cuentan *a partir* del día de celebración del contrato de servicios. En contra, SÁNCHEZ CALERO, F., “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro, *Foro Galego: revista xurídica*, n° 198, 2008, pág. 209, para quien los plazos se han de computar conforme a lo previsto en el Código Civil, por lo que habrá que entender que el día de la celebración del contrato quedará excluido del cómputo, el cual deberá empezar el día siguiente.

⁷⁰⁰ Adicionalmente, en materia de obligaciones, el art. 1130 del Código Civil, al regular las obligaciones a plazo, establece que si el plazo de la obligación está señalado por días a contar desde uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, que deberá empezar en el día siguiente.

La redacción de la Directiva 2011/83/UE tampoco es terminante puesto que, incluso conforme a una interpretación literal, un plazo que se cuenta a partir de un día concreto –como establece el art. 9.2 – permite concluir que dicho día queda excluido del cómputo⁷⁰¹. Y aún más se refuerza esta opinión si tenemos en cuenta los términos contradictorios del TRLCU tras la reforma operada por la Ley 3/2014 de trasposición de la Directiva, pues tras indicar en el art. 71 que el plazo se computará desde la celebración del contrato que tenga por objeto la prestación de servicios, en el art. 104, específicamente para la contratación a distancia, se indica que el plazo se contará *a partir* del día de la celebración del contrato.

Por todo ello, concluimos que el día de celebración del contrato no forma parte del total de catorce días naturales (o treinta en el caso de los seguros de vida) con que cuenta el consumidor para ejercitar su derecho. Interpretación además que resulta más favorable para éste.

El mismo problema se planteará con el último día del cómputo o *dies ad quem*, máxime teniendo en cuenta que una vez transcurrido el plazo sin ejercitar el derecho de desistimiento, éste decae automáticamente y el contrato ya sólo podrá dejarse sin efecto por las vías tradicionales de la resolución por incumplimiento o la nulidad por vicios del consentimiento. En tal sentido, el último día del plazo habrá de contarse por entero y ello, en primer lugar, para ser coherente con la interpretación que sustentamos respecto al *dies a quo*: si éste comienza a las cero horas del día siguiente a la celebración del contrato, finalizará a las veinticuatro horas del día número catorce (o treinta en el caso de los seguros de vida). Además, se establece en el Código Civil la regla *dies ad quem computatur in termino*, en concreto, en el art. 1960.3 si bien en sede de prescripción adquisitiva, aunque entendemos que debe aplicarse por analogía.

En cualquier caso, con ser relevantes estas consideraciones, resulta aún más importante la norma, contenida tanto en la DCDSFC como en la LCDSFC, según la cual en caso de que el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual establecidas en la propia norma, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento “comenzará a contar el día en que reciba la citada información”.

⁷⁰¹ De hecho, si utilizamos la reducción al absurdo llegaremos a la misma conclusión. No parecería lógico que, tratándose de contratación de servicios por vías telemáticas, un contrato que se perfecciona a las 23.59 horas de un día determinado incluyera éste como parte de la duración del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.

Como afirma la doctrina⁷⁰², “*se entiende que el derecho de desistimiento queda latente en tanto no se cumpla con dicha formalidad*”, es decir, queda en suspenso la posibilidad de su ejercicio, todo ello en aras a incentivar el cumplimiento de las obligaciones de información por el proveedor de los servicios financieros⁷⁰³.

Esto plantea dos cuestiones que deben ser objeto de análisis: en primer lugar, cuál es la información cuya falta de suministro por el proveedor de servicios provoca esta ampliación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento; y, en segundo lugar, hasta cuándo se prolonga esta suspensión del plazo para el ejercicio del derecho.

La primera de las cuestiones viene resuelta expresamente en la Ley: las condiciones contractuales y la información contractual indicada en el art. 7.1 de la propia Ley, es decir, la relativa a la identificación del propio empresario, al servicio financiero a prestar –precio, riesgos, etc.–, al contrato a distancia a suscribir –especialmente si existe o no derecho de desistimiento y sus circunstancias de ejercicio⁷⁰⁴– y, finalmente, a los medios de reclamación e indemnización previstos⁷⁰⁵.

⁷⁰² VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 183.

⁷⁰³ La importancia de la información al consumidor como modo de protección del mismo ha sido destacada por la doctrina. Así, CARRIAZO PEREZ DE GUZMÁN, T.: “El incumplimiento de los requisitos de información previa en el anteproyecto de Ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. El desistimiento.” En *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas* (coord. MADRID PARRA A., GUERRERO LEBRON, M.J.) 2007, pág. 298, para quien: “Y ello se pone de manifiesto con el establecimiento de un riguroso régimen en cuanto a la información que deben recibir los consumidores antes, en principio, de la celebración del contrato. Estas exigencias tienen el carácter de mínimas, debiendo ser completadas con las que la legislación específica establezca para cada servicio financiero. Toda esta información, así como todas las condiciones contractuales, debe ser comunicada por el proveedor al consumidor en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia”.

⁷⁰⁴ En concreto, los apartados a y b del art. 7.1.3 de la Ley exigen que la información se refiera a “*la existencia o no de derecho de desistimiento, de conformidad con el artículo 10 y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al artículo 11, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho y su pérdida cuando, antes de ejercer este derecho, se ejecute el contrato en su totalidad por ambas partes, a petición expresa del consumidor; las instrucciones para ejercer el derecho de desistimiento, indicando, entre otros aspectos, a qué dirección postal o electrónica debe dirigirse la notificación del desistimiento*”.

⁷⁰⁵ Sobre el derecho de información en la LCDSFC, como instrumento complementario del derecho de desistimiento para la protección del consumidor, puede consultarse NOVAL LAMAS, J. J., “El derecho de información en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 126, 2012, págs. 215-245.

Esta información debe facilitarse de manera clara y comprensible y respetando siempre el principio de buena fe en las transacciones comerciales.

Una cuestión importante que cabe plantearse es qué ocurriría si la información se facilitara pero no se hiciera en la forma indicada en el precepto, es decir, de forma clara y comprensible. En nuestra opinión, no se habría cumplido la exigencia de que el consumidor reciba la información indicada en el art. 7.1 y por tanto no empezaría a transcurrir el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento. Así debe entenderse a la vista de los arts. 5 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que establecen las condiciones de incorporación de estas a los contratos. De acuerdo con el primero, sólo se producirá la incorporación de condiciones generales a un contrato cuando el adherente haya sido informado expresamente de su existencia, se le haya facilitado un ejemplar de las mismas y acepte su incorporación. La redacción de estas condiciones generales habrá de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Por su parte, el art. 8 establece la nulidad de las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en la propia Ley.

En consecuencia, si la información facilitada no cumple los requisitos de claridad y comprensibilidad, no se entenderán incorporadas al contrato las cláusulas que la contengan y por tanto, no será efectiva la información cuya entrega permite activar el plazo para el desistimiento. Debe tenerse en cuenta, en tal sentido, que la propia LCDSFC establece expresamente en su art. 9.2 que deberán cumplirse los requisitos de incorporación de las condiciones generales de contratación, lo que refuerza nuestra interpretación⁷⁰⁶.

Sin embargo, es la segunda de las cuestiones apuntadas la que resulta más relevante, pues podría darse el caso de que el empresario no facilitara la información a que viene obligado en ningún momento. En tal caso, ¿existirá algún plazo máximo a

⁷⁰⁶ Otro argumento al respecto es que la sanción que podemos denominar “ordinaria” que establece el art. 9 de la Ley para el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa es la posible nulidad de los contratos, lo que nos remite al Código Civil y a los vicios del consentimiento. No parece razonable tener que acudir a un complejo procedimiento de nulidad cuando resulta mucho más accesible al consumidor el simple ejercicio del derecho de desistimiento. Adicionalmente a ello, si en caso de información defectuosa tuviera el consumidor que acudir a un procedimiento de nulidad, se le estaría poniendo en peor situación que a quien no recibe información de ningún tipo, que siempre tendría abierta la posibilidad del desistimiento.

partir del cual no pueda ejercerse ya el derecho de desistimiento o quedará abierta de manera indefinida la posibilidad de su ejercicio? Existen argumentos a favor de ambas posiciones, pues, de un lado, no parece acorde con la seguridad jurídica ni con la prohibición de las relaciones jurídicas perpetuas el reconocimiento por tiempo indefinido de la facultad de una las partes de dejar sin efecto el contrato. Pero tampoco parece acorde a la Justicia que un consumidor pueda ser sancionado con la pérdida de un derecho que desconoce por el simple transcurso del tiempo.

Adicionalmente a ello, la solución que se da al problema en otras Directivas que reconocen el derecho de desistimiento es diversa. Así, la Directiva 97/7/CE relativa a los contratos a distancia, incluía un plazo excepcional y ampliado de tres meses más para que el empresario cumpla con sus obligaciones de información, transcurrido el cual se extingue definitivamente el derecho de desistimiento.

En cambio, la Directiva 85/577/CEE no establecía una previsión similar respecto de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, sino que se limitaba a fijar el plazo de siete días. Esta cuestión ha sido objeto de diversas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, destacando especialmente la Sentencia de 13 de diciembre de 2001 (Asunto C-481/99, asunto “Heininger”), en la que estableció la doctrina de que no es acorde con el Derecho Comunitario una norma nacional que estableciera un límite a dicho plazo, dejando por tanto abierta la posibilidad de ejercicio del derecho en cualquier momento⁷⁰⁷.

Por su parte, la legislación nacional de trasposición de ambas Directivas presentaba la misma diversidad de normas: mientras que para el contrato a distancia se fija un límite de tres meses⁷⁰⁸, en cambio, para el contrato celebrado fuera del

⁷⁰⁷ Los hechos que dan lugar a la sentencia son los siguientes: un matrimonio recibe la visita en su domicilio de un agente inmobiliario, quien les ofrece la adquisición de una vivienda y su financiación con un crédito bancario. No les informa del derecho de revocación de que gozaban los actores, por lo que estos así lo reclaman frente al banco, así como la devolución de las cantidades pagadas al mismo en aplicación del mismo y los gastos en los que habían incurrido. El Tribunal alemán plantea la cuestión prejudicial porque la norma aplicable establecía como límite para el ejercicio del derecho de revocación el momento en que las prestaciones de ambas partes se hubieran ejecutado en su integridad o, en todo caso, un año. Un comentario sobre la sentencia puede verse en EBERS, M. y ARROYO AMAYUELAS, E., “Heininger y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, (Ejemplar dedicado a: Evolución y tendencias del Derecho europeo), págs. 407-442.

⁷⁰⁸ El art. 101 del TRLCU, referido a los contratos a distancia, remitía a la norma general contenida en su art. 71, que establece un mínimo de siete días hábiles, salvo que el empresario no haya informado

establecimiento mercantil no se establece nada para el supuesto de que el empresario no entregara el documento de revocación⁷⁰⁹. Además, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, incluía una norma similar en el art. 10 que extiende el plazo para el desistimiento⁷¹⁰.

Finalmente, en materia de servicios financieros a distancia, la solución que se contiene en el art. 10 de la LCDSFC está más próxima a los contratos comercializados fuera de establecimiento mercantil que a los contratos a distancia, al prescribir que *“no obstante, si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual indicada en el artículo 7.1, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contar el día en que reciba la citada información”*.

Con ello, podemos concluir que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentada en la sentencia *“Heininger”* es plenamente aplicable, a día de hoy, al ámbito de los servicios financieros a distancia y, por tanto, en caso de que no se suministrara al consumidor la información preceptiva, la posibilidad de desistimiento quedaría abierta hasta el momento en que la recibiera.

No obstante, la tendencia seguida en las regulaciones más recientes del derecho de desistimiento apunta en la dirección contraria, es decir, en el establecimiento de un

debidamente del contenido del derecho de desistimiento; en este caso, el plazo se amplía a tres meses, pero si durante ese plazo de tres meses se informa debidamente, se aplica el de siete días hábiles que se contará desde que se facilite la información.

⁷⁰⁹ El art. 110 del TRLCU, referido a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, a pesar de remitirse a la normativa general del desistimiento al igual que hace el art. 101, establece una norma especial respecto del plazo de ejercicio, de tal forma que será de siete días naturales contados desde la recepción del documento de desistimiento siempre que éste sea posterior a la entrega de la cosa o a la celebración del contrato cuando se refiere a la prestación de un servicio.

⁷¹⁰ En efecto, la Ley 42/1998 establece dos posibilidades para el consumidor, por un lado el desistimiento en el plazo de diez días; y por otro lado, la resolución del contrato en caso de incumplimiento del deber de suministrar información en el plazo de tres meses. Pues bien, sin entrar en el debate sobre si son dos plazos para dos derechos distintos (desistimiento, uno, y resolución por incumplimiento, otro), si se completa la información en el plazo de los tres meses, el plazo para el desistimiento empieza a contar desde el momento de facilitación de la información; en caso de que transcurra el plazo de los tres meses sin que se facilite ésta, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, comenzará a contar a partir de la expiración del plazo de tres meses. Algún sector de la doctrina se manifestó favorable a la aplicación de esta norma por analogía para los servicios financieros a distancia. Así, CARRIAZO PEREZ DE GUZMÁN, T.: “El incumplimiento de los requisitos de información previa en el anteproyecto de Ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. El desistimiento.” En *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas* (coord. MADRID PARRA A., GUERRERO LEBRON, M.J.) 2007, pág. 321.

límite para el ejercicio del derecho de desistimiento aun en el caso de que por el empresario no se cumpla con sus obligaciones de información. Así ocurre con la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, que viene a corregir esta discrepancia entre los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y lo hace además en la forma más favorable al empresario, ya que introduce un precepto específico para el supuesto de omisión de información sobre el derecho de desistimiento. En tal caso, el período de desistimiento expirará doce meses después de la fecha de terminación del período de desistimiento inicial, determinada de conformidad con las normas generales (catorce días naturales); en el caso de que durante ese período de doce meses el empresario facilitara la información sobre el derecho de desistimiento, el plazo expiraría a los catorce días de la fecha en que el consumidor recibiera la información⁷¹¹.

Con esta tendencia actual y derogada la Directiva que amparó la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dio lugar a la interpretación que permite el ejercicio indefinido del derecho de desistimiento, no parece probable que se mantenga en eventuales sentencias posteriores. Además, es de prever que la solución de la Directiva 2011/83/UE, aplicable a los contratos a distancia, se extienda a la comercialización de los servicios financieros a distancia en una eventual reforma de la DCDSFC⁷¹².

⁷¹¹ La única fundamentación incluida en la Directiva para establecer este sistema de limitación en el tiempo del ejercicio del derecho de desistimiento se incluye en el Considerando 43 de su Preámbulo y se limita a indicar que *para garantizar la seguridad jurídica* conviene introducir un plazo de *prescripción* de doce meses (la cursiva es nuestra).

⁷¹² Así lo hemos expuesto en NOVAL LAMAS, J.J., “La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores y el derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino* (Coord. MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LOPEZ, J., PINO ABAD, M.), Madrid, 2015, págs. 357-366. En contra de nuestra posición, GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 242-249, para quien la Directiva “sin limitación temporal alguna, faculta a la observancia de un derecho a rescindir el contrato «en todo momento»”. Continúa la autora que “De lo anterior se infiere, volviendo a la cuestión apuntada por NOVAL LAMAS, que muy a pesar de la Directiva 2011/83/UE cuyo artículo 10 dispone un plazo límite al derecho de desistimiento aplicable, incluso, en el caso en que el consumidor no haya sido informado sobre el mismo, por el momento, el TJUE sigue aplicando la sentencia Heiningen, respecto a determinadas normas, entre las que –entiende esta tesis que– cabría incluir el art. 6 de la DCDSF cuya aplicación literal comporta una prórroga ilimitada del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento. El no abandono, en determinados ámbitos, de la doctrina sentada por la sentencia Heiningen viene confirmado por la sentencia de 19 de diciembre de 2013 (posterior a la entrada en vigor de la Directiva 2011/83/UE) que aplica la doctrina Heiningen a los seguros de vida basándose en la importancia que el deber legal de informar previamente sobre el derecho de

Una cuestión distinta es la coexistencia entre el derecho de desistimiento en los términos expuestos y el art. 18.5 de la LCDSFC, según el cual “*el consumidor podrá rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna*”, pues aparentemente recoge un derecho similar al primero –recuérdese que la Directiva se refiere a rescisión, no a desistimiento- pero ejercitable de manera indefinida. No obstante, entendemos que la cuestión es lo suficientemente importante como para dedicarle un apartado específico.

Una última cuestión nos queda por analizar en cuanto al plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento y es la relativa a su naturaleza jurídica, es decir, si estamos ante un plazo de prescripción o de caducidad. La doctrina se pronuncia por su consideración como un plazo de caducidad⁷¹³. No debemos olvidar que la manifestación de voluntad del desistimiento es un acto de ejercicio de un derecho potestativo, entendido éste como el poder en virtud del cual su titular hace influir en su situación jurídica preexistente, cambiándola o creando una nueva, y todo ello mediante una actividad propia y unilateral⁷¹⁴.

desistimiento tiene en los citados servicios siendo este deber especialmente necesario cuando los servicios son de larga duración (tal y como subraya el TJUE). Esa importancia sobre el deber de informar en torno al derecho de desistimiento está presente también en la DCDSF tal y como se infiere de sus art. 6 y 8.3. Por consiguiente, la promulgación de la Directiva 2011/83/UE –con su art. 10- no debe, necesariamente, llevar a la idea de que son muchas las posibilidades de que el Legislador comunitario extienda, sin distinción, la citada solución a otros sectores –incluidos, los especialmente complejos- ni conlleva, necesariamente, el fin de la prórroga ilimitada del art. 10 de la LCDSF. Máxime, considerando la importancia –ratificada por el TJUE, en el citado caso Endress- que el deber de información previa sobre el derecho de desistimiento tiene respecto de ciertos servicios financieros (especialmente, los de larga duración)”.

⁷¹³ GARCÍA VICENTE, J.R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Elcano (Navarra), 1997, págs. 190-192, si bien indica que se trata de una cuestión de política legislativa y resulta difícil asignar una u otra naturaleza jurídica cuando el Legislador no califica el plazo expresamente, se decanta por la caducidad. Y ello porque constata que los plazos de caducidad son los utilizados cuando el interés que se afecta es un interés público –mientras que la prescripción es más adecuada la protección de intereses privados- así como los plazos de ejercicio de los denominados derechos potestativos o de configuración jurídica, como el derecho de desistimiento. Adicionalmente, destaca cómo el elemento temporal es inseparable del derecho y, por tanto, en aras a la seguridad del tráfico, ha de considerarse como plazo de caducidad.

⁷¹⁴ Así lo configura la doctrina: RODRÍGUEZ MARIN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 229.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en sentencia de 28 de enero de 1983⁷¹⁵ y haciéndose eco de otras anteriores, establece que *“la caducidad o decadencia de los derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido ese término ya no puede ser ejercitado, refiriéndose a los llamados derechos potestativos, y más que a ellos propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la distingue de la prescripción, pues así como ésta tiene como finalidad la extinción de un derecho ante la razón subjetiva de su no ejercicio por el titular, que es el supuesto que precisamente se da en lo que afecta al precitado núm. 1.º del art. 1968 del Código Civil, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, hasta el punto que puede entenderse que en un plazo preclusivo, llamando así al plazo dentro del cual y sólo dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica”*⁷¹⁶.

Sobre los derechos potestativos se ha pronunciado en muchas ocasiones el Tribunal Supremo, especialmente, acerca del contrato de opción, que constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse *en un plazo cierto*, y en unas determinadas condiciones, de tal modo que el ejercicio de la opción durante ese plazo es elemento esencial del mismo⁷¹⁷. Lo mismo ocurre con el

⁷¹⁵ RJ\1983\393.

⁷¹⁶ La sentencia versaba sobre la aplicación de la responsabilidad extracontractual establecida en los arts. 1902 y 1903 Cc a consecuencia del fallecimiento del padre de los actores por un accidente en un taller mecánico, planteándose si el plazo de un año establecido en el art. 1968 del mismo texto legal es de prescripción o de caducidad. Añade sobre la cuestión que nos ocupa que *“que si bien en nuestro derecho no existe una norma específica que concretamente fije la distinción entre las mencionadas instituciones, que responden a la común razón de la presunción de abandono tanto de los derechos como de las acciones, que son su consecuencia, tampoco cabe desconocer que se diferencian en que cuando se otorgue un tiempo determinado para su ejercicio se está ante la presencia de un plazo de caducidad, pasado el cual el derecho de que se trate ha dejado de existir”*. Curiosamente, la sentencia se refiere a otra anterior del mismo Tribunal, de 11 de mayo de 1968, que debe ser la misma citada por GARCÍA VICENTE, J.R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Elcano (Navarra), 1997, pág. 191, nota 159, que no obstante se data en 11 de mayo de 1966.

⁷¹⁷ En tal sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2008 (RJ\2008\4362) según la cual *“la caducidad no admite interrupción de ninguna clase en consonancia con la naturaleza de los derechos para cuyo ejercicio se establece que, siendo de carácter potestativo, nacen y se extinguen con el propio plazo de caducidad al contrario de lo que ocurre con la prescripción que únicamente afecta al ejercicio del derecho y no a su existencia”*. Y añade que *“la vigencia de la opción únicamente durante un tiempo determinado e inexorable es consustancial a su propia naturaleza pues de no ser así quedaría*

derecho de desistimiento, cuyo ejercicio en plazo es inherente al mismo y por tanto, debe calificarse el plazo como de caducidad.

Sin embargo, la referencia incluida en el Considerando 43 de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, a la prescripción⁷¹⁸, podría dar lugar a replanteamientos de la cuestión, que exceden del ámbito de este trabajo, aunque algún sector de la doctrina que se ha pronunciado lo ha hecho claramente en favor de la caducidad⁷¹⁹. No obstante, en nuestra opinión se trata de un problema de traducción de la Directiva al español, sin más repercusión al respecto⁷²⁰.

III.6. Forma de ejercicio del derecho de desistimiento.

Debemos partir de la consideración del ejercicio del derecho de desistimiento como una declaración de voluntad unilateral por parte del adquirente, no personalísima, recepticia y dirigida al empresario con el que contrató, de ejercicio discrecional y sin necesidad de alegar causa, debiendo ser hecha en plazo hábil⁷²¹. La regulación

a voluntad del optante de modo indefinido la posibilidad de perfeccionar la compraventa; y la particularidad que tal derecho de opción supone respecto de lo previsto en el artículo 1256 Cc («la validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes») se convertiría en un definitivo desconocimiento de tal principio elemental de la contratación».

⁷¹⁸ El tenor literal de la Directiva se refiere al supuesto de que el comerciante no haya informado adecuadamente al consumidor antes de la celebración de contrato, en cuyo caso considera que debe ampliarse el plazo de desistimiento, añadiendo que “*sin embargo, para garantizar la seguridad jurídica en lo que respecta a la duración del período de desistimiento, conviene introducir un plazo de prescripción de doce meses*”.

⁷¹⁹ DIAZ ALABART, S. (Dir.) y ALVAREZ MORENO, M.T. (Coord.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Madrid, 2014, págs. 275-276. Los argumentos que utiliza para alcanzar esta conclusión son dos: de un lado, la interpretación literal pues el precepto indica que el plazo “*expirará*”, lo que evidencia que no es susceptible de interrupción y que la llegada del término final extinguirá el derecho; de otro lado, porque optar por la prescripción supondría una sobreprotección del consumidor que no está justificada. La caducidad, en cambio, favorece la proporcionalidad entre el derecho del consumidor y la correlativa obligación del comerciante, pues una vez que el plazo ha transcurrido en su totalidad, se extingue el derecho a desistir, sin posibilidad alguna de que reviva.

⁷²⁰ En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la versión inglesa de la Directiva se refiere a una “*limitación del período*”, sin calificar de prescripción o de caducidad, al igual que la versión italiana. En cambio, tanto la española como la versión francesa sí se refieren a la prescripción.

⁷²¹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de desistimiento”, en *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.), Madrid, 2011, pág. 1268.

contenida tanto en la DCDSFC como en la LCDSFC sobre la forma de llevar a cabo el ejercicio del derecho puede resumirse del siguiente modo: el consumidor, al ejercer el derecho de desistimiento, lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato, antes de que finalice el plazo correspondiente, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación de cualquier modo admitido en Derecho, considerándose que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo. No obstante la aparente simpleza de la norma, existen diversas cuestiones que requieren ser analizadas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que se configura como una declaración de voluntad unilateral del consumidor, dirigida a la extinción de un contrato ya perfeccionado. En este sentido, se puede considerar que estamos ante un negocio jurídico, en tanto manifestación de la voluntad que tiende a producir efectos jurídicos (la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo), reconociendo el Ordenamiento jurídico a la voluntad del sujeto como fundamento y base del efecto producido⁷²².

La declaración de voluntad es de carácter recepticio, de tal forma que si no se produce la comunicación al proveedor, carece de efectos. Así se desprende tanto de la DCDSFC, que en su art. 6.6 establece que la decisión del consumidor se “*notificará*” – aunque no se indica a quién-, como del art. 10.3 de la LCDSFC, que impone al consumidor la obligación de “*comunicar al proveedor*” el ejercicio del derecho de desistimiento. En el mismo sentido se pronuncia la definición que del derecho de desistimiento se contiene en el art. 68 del TRLCU.

Por otro lado, no se trata de una declaración de voluntad personalísima, por lo que podrá ser efectuada bien de manera directa por el consumidor, bien a través de representante⁷²³. Además, al no ser un derecho personalísimo, no se extingue por el

⁷²² DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Reimpresión, 1971, pág. 34, define al negocio jurídico como “*la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos*”.

⁷²³ Un supuesto muy peculiar sobre desistimiento es objeto de análisis en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 26/2013, de 5 de febrero de 2013 (ID Cendoj 28079110012013100019). Se trata de un grupo de contratos que suscribe el padre de un menor con un conocido Club de Fútbol para la práctica del fútbol y que incluye tanto un contrato de jugador no profesional como un precontrato de trabajo profesional que sería efectivo al alcanzar la mayoría de edad. En este último se pacta la posibilidad de que el jugador desista del contrato y en tal caso se establece una indemnización de tres millones de euros a

fallecimiento del consumidor y será susceptible de adquisición por los herederos, quienes podrán ejercitar el derecho de desistimiento⁷²⁴.

Coincide la doctrina⁷²⁵ en considerar que esta notificación no está sujeta a formalidad alguna. Sin embargo, debemos efectuar una importante matización. La LCDSFC no incluye un precepto similar al art. 70 TRLCU, según el cual el ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en Derecho. Antes bien, el art. 10.3 de la Ley indica que habrá de hacerse en los términos previstos por el contrato, que deberá establecer un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación de cualquier modo previsto en Derecho.

Es decir, no estamos ante la ausencia de formalidad, sino ante la libertad de pacto de las partes para establecer el sistema de notificación del derecho en el contrato o bien, como indica la Directiva, deberá hacerse con arreglo a las instrucciones contenidas en la información precontractual facilitada por el empresario⁷²⁶.

Esta remisión a los términos del contrato, que será de adhesión y redactado unilateralmente por el empresario, nos lleva al análisis de los límites a la autonomía de

favor del club. Este sistema, que al parecer es la práctica habitual en los ámbitos deportivos, sale a la luz porque el menor, al alcanzar la mayoría de edad, decide fichar por otro equipo, y el club deportivo le exige por vía civil la indemnización pactada. La demanda es estimada en primera y segunda instancia –el juzgado de instancia limita la indemnización a 500.000 euros, pero la Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso del club y la eleva al importe pactado– y el Tribunal Supremo procede a su casación. Acudiendo al “*interés superior del menor*” como “*el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada*” y como “*el interés preferente de atención en caso de conflicto*”, declara la nulidad de la estipulación que el propio Tribunal califica no como de resolución contractual, sino de desistimiento unilateral. Un comentario sobre la sentencia puede consultarse en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “La invalidez de los precontratos celebrados por los representantes legales de los menores para la práctica del deporte profesional (a propósito de la STS de 5 de febrero de 2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8047, 20 de marzo de 2013 (versión electrónica).

⁷²⁴ Cuestión distinta será que los herederos puedan ejercitar el derecho de desistimiento dentro del plazo conferido al efecto teniendo en cuenta las dificultades que supone acreditar el título sucesorio, por lo que sería deseable la posibilidad de ampliación del plazo en caso de fallecimiento. A tal efecto y sin perjuicio de requerir un estudio ulterior, no parecería ilógico que en estos casos, se originara un nuevo plazo de desistimiento a contar desde el momento de la adquisición del derecho por los herederos, es decir, desde el momento del fallecimiento del titular originario. El tema puede ser importante: piénsese en una inversión financiera del causante o en su endeudamiento mediante un préstamo, contratos ambos que pueden haberse efectuado a distancia.

⁷²⁵ VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 185.

⁷²⁶ Información precontractual que es la contenida en el apartado 1 del art. 7 de la LCDSFC y que es, precisamente, aquella información cuya no facilitación por el empresario al consumidor permite que no empiece a transcurrir el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.

la voluntad en la materia. En efecto, según la doctrina, no hay plena libertad a la hora de pactar sobre la forma del desistimiento, sino todo lo contrario habida cuenta del contenido del artículo 10.3 de la Ley ⁷²⁷. Precepto que debe interpretarse conforme a la Directiva, que se refiere a instrucciones, concepto que debe ser entendido como aquellas informaciones dirigidas a facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento ⁷²⁸.

Así, debe tenerse en cuenta que unas exigencias excesivas en cuanto a la forma de ejercitar el derecho podrían llevar a su efectiva desaparición, por lo que deben ser rechazadas. En tal sentido, entendemos que los términos del contrato nunca podrán ser de tal condición que en la práctica impidan o dificulten excesivamente el ejercicio del derecho, que en todo caso debe ser reconocible y ejercitable ⁷²⁹. Como argumento a favor de esta opinión, debe tenerse en cuenta que cuando el art. 7.1.3.a de la Ley obliga al empresario a informar sobre la “*existencia o no de derecho de desistimiento*”, añade la expresión “*de conformidad con el artículo 10*”, lo que evidencia que el proveedor del servicio no es libre de conceder o no el derecho de desistimiento, sino que éste, salvo que nos encontremos ante un supuesto excluido en dicho precepto, siempre existirá y por tanto no podrá ser excluido o limitado por la vía indirecta de la forma establecida para su ejercicio ⁷³⁰.

⁷²⁷ SIRVENT GARCIA, J, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 77, para quien el inciso final pretende limitar el juego de la autonomía de la voluntad y establecer una concreta forma para el ejercicio del derecho de desistimiento, que por tanto no podrá llevarse a cabo de otro modo.

⁷²⁸ En esta línea se orienta GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 252.

⁷²⁹ Debe traerse a colación la ya añeja sentencia núm. 11/1981 del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 1.981 (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981), en la que delimitó la expresión constitucional “*contenido esencial*” de los derechos fundamentales, como límite de su regulación legal. Es cierto que no estamos ante un derecho fundamental, pero entendemos que puede ser de aplicación analógica puesto que aquí se trata de que el pacto entre las partes no debe ser tal que modifique el contenido esencial del derecho tal y como éste se define legalmente. En tal sentido, según el Tribunal, “*constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así*”. En cuanto a la segunda forma de identificar el contenido esencial, añade el Tribunal que es “*aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*”.

⁷³⁰ MARTIN SALAMANCA, S., “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 99: “*en relación con la existencia del derecho de desistimiento, de conformidad con el art. 10 de la misma Ley , como dice el precepto, sólo puede tener como excepción, en realidad, que estemos ante alguno de los casos de*

Además, debe tenerse en cuenta que una cláusula de un contrato que limite los derechos legalmente conferidos al consumidor o que le prive de ellos debe considerarse abusiva y, por tanto, nula y no aplicable, de conformidad con el art. 86 del TRLCU, en cuyo apartado 7º se incluye una cláusula general según la cual será abusiva “*la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*”⁷³¹.

No serían, de este modo, admisibles cláusulas que establecieran una determinada forma *ad solemnitatem* (por ejemplo, escritura pública)⁷³² o la exigencia de ejercitar el desistimiento por escrito ante una determinada sucursal bancaria⁷³³.

El procedimiento que se establezca, por otro lado, ha de cumplir un requisito ineludible, cual es permitir dejar constancia de la notificación efectuada sobre la voluntad de desistir. Es esta constancia de la notificación lo que podrá hacerse de cualquier modo admitido en Derecho. De ahí que la indicación mantenida por la doctrina de que no sería admisible pactar un desistimiento verbal⁷³⁴, podría ponerse –al menos a los meros efectos dialécticos, pues difícilmente se dará en la práctica- en duda,

comercialización a distancia de servicios financieros excluidos por el Legislador expresamente en dicho artículo 10 (cfr. Infra). El establecimiento del derecho de desistimiento es una norma de Derecho imperativo (art. 3 Ley 22/2007)”.

⁷³¹ No creemos, sin embargo, que pueda apoyarse la nulidad de una cláusula en tal sentido en el art. 87.6 del TRLCU, que hace referencia a otro tipo de situaciones. Según el indicado precepto, son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular aquellas estipulaciones que impongan, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados. Sin embargo, mantiene la aplicabilidad de este precepto a situaciones como las indicadas, GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 250.

⁷³² SIRVENT GARCIA, J, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, 2009, nº 96, pág. 77.

⁷³³ Esta exigencia puede considerarse abusiva, sobre todo en el caso en que, para la apertura de la cuenta corriente, hubiera bastado el trámite por internet y no se disponga de una sucursal de las habilitadas en el domicilio o residencia habitual del consumidor. ALVAREZ VEGA, M.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Cizur Menor, 2010, pág. 340.

⁷³⁴ SIRVENT GARCIA, J, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 77.

al ser acreditable. Téngase en cuenta en tal sentido que la contratación telefónica se incluye en la contratación a distancia y sería perfectamente posible pactar que el desistimiento pudiera llevarse a cabo mediante comunicación telefónica, lo que, por otro lado, podría acreditarse mediante la grabación por el proveedor de las conversaciones.

No obstante, la propia norma alude a los supuestos que podemos considerar ordinarios: el soporte papel o bien otro que sea duradero, disponible y accesible al consumidor, que deberá serle facilitado por el proveedor de servicios.

Aunque con esta norma se está aludiendo por la Ley y la Directiva al propio formulario de desistimiento, la referencia al papel entendemos que desempeña además una función de garantía, pues implica permitir al consumidor una opción que siempre estará a su disposición en los casos en que el proveedor no le facilite los medios para el desistimiento o le impida su ejercicio dificultando el acceso a ese otro soporte de carácter duradero⁷³⁵. No olvidemos que la carga de la prueba de los hechos extintivos corresponde a quienes los aleguen y que el art. 17 de la LCDSFC no impone al empresario la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento, correspondiendo por tanto al consumidor.

El formulario de desistimiento es, según la doctrina, el único margen que queda para el juego de la autonomía de la voluntad, fuera del cual serían nulas cualesquiera otras exigencias formales establecidas en el contrato para el ejercicio del derecho de desistimiento⁷³⁶.

La regulación del derecho de desistimiento contenida en el TRLCU, incluso en su redacción original, es más completa en este punto. El art. 69 del TRLCU establece la obligación expresa del empresario de entregar al consumidor un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los

⁷³⁵ En cualquier caso, y como indica VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 185, esta redacción no limita las posibilidades de acreditar el envío de la comunicación, sino que tiene efectos meramente aclaratorios respecto a uno de los posibles medios que se puede utilizar. Y lo hace para establecer que en tales casos la regla para determinar el momento de envío del aviso es la emisión del documento escrito (o electrónico) pues rompe la regla de los arts. 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, que consideran que habrá contrato desde que el oferente conoce la aceptación o desde que no puede ignorarla sin faltar a la buena fe.

⁷³⁶ SIRVENT GARCIA, J, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 77.

contratantes a que se refiere. La utilización de este formulario no es obligatoria para el consumidor, si bien si opta por utilizarlo el desistimiento se tendrá por válidamente ejercitado, lo que sin duda le ahorrará complicaciones.

En cualquier caso, incluso si se facilita un formulario al consumidor, los requisitos de forma nunca podrán ser de tal envergadura que limiten o excluyan totalmente el derecho de desistimiento, por lo que situaciones como la imposición de la remisión del formulario a una concreta dirección de correo electrónico como única forma de ejercer el derecho no serían acordes a Derecho.

Debe tenerse en cuenta que la normativa contenida en el TRLCU no es aplicable de manera directa a los distintos derechos de desistimiento reconocidos en la legislación vigente, al establecerlo así el art. 68.3 del texto legal. La referencia contenida en dicho precepto a que sólo en defecto de las disposiciones legales que establezcan el concreto derecho de desistimiento se aplicará el TRLCU significa, en nuestra opinión, que cada proveedor de servicios podrá optar por incorporar o no el formulario de desistimiento a sus contratos; pero, si no lo hace, no estará infringiendo la norma concreta que regula los servicios financieros a distancia y por tanto no podrá sufrir ninguna consecuencia adversa por ello. Resulta llamativo, en cualquier caso, que el art. 18 de la Ley , que establece el régimen sancionador aplicable en la materia, no incluye en su párrafo segundo, como normas de ordenación y disciplina, referencia alguna al incumplimiento del art. 10 lo que a nuestro juicio es un grave error legal, ya que excluye cualquier tipo de sanción administrativa⁷³⁷.

Por último, establece la norma que se entenderá ejercitado el derecho de desistimiento si la comunicación de su ejercicio se envía⁷³⁸ dentro del plazo establecido,

⁷³⁷ En nuestra opinión, la ausencia de previsión en el art. 18 del incumplimiento de las normas contenidas en el art. 10 supone que, en caso de una entidad que sistemáticamente incumpliera sus obligaciones respecto al ejercicio del derecho de desistimiento por los consumidores, no podría ser sancionada administrativamente al respecto, pues ello sólo es posible cuando se infringen las normas denominadas de ordenación y disciplina, no pudiendo aplicarse la analogía en materia de infracciones y sanciones. A tal efecto, el art. 89 de la LOSSEC establece que incurren en responsabilidad administrativa las entidades de crédito, y quienes ostenten cargos de dirección o administración en ellas, que incumplan normas de ordenación y disciplina.

⁷³⁸ En cuanto al momento concreto, la doctrina propugna la aplicación, no sólo a la contratación sino a toda información en soporte electrónico, del art. 15.1 de la Ley Modelo de UNICTRAL sobre comercio electrónico, según el cual, de no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador. Al respecto, MADRID PARRA, A., “El negocio jurídico electrónico”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 28, junio 2002, págs. 3-62, versión electrónica.

aunque llegue a conocimiento del proveedor después de transcurrido el mismo. Entronca esta prevención con el problema regulado en el Código de Comercio y en el Código Civil del momento en que se entiende la confluencia de oferta y aceptación para perfeccionar un contrato, optando la Ley 22/2007 por el sistema de la remisión⁷³⁹.

III.7. El “requisito” de la buena fe en el ejercicio del derecho de desistimiento.

El derecho de desistimiento se define legalmente en el art. 68 del TRLCU como la *“facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”*. Igualmente, la LCDSFC permite su ejercicio *“sin indicación de los motivos”* en su art. 10. Similares términos se contienen en otras normas, tanto comunitarias como estatales, para definirlo. ¿Significa esto que la no exigencia legal de justificación ni de indicación de los motivos permite el ejercicio abusivo del derecho o la ausencia de buena fe por parte del consumidor?

Quizá un ejemplo nos ayude a centrar la cuestión. Se trata de un contrato de tracto sucesivo que se pacta por un año, existiendo la posibilidad de su denuncia unilateral al término de cada período anual. Transcurridos diez años de vigencia, tras la renovación tácita al final de cada período anual, se produce un incremento de las prestaciones para una de las partes mientras que la contraprestación se mantiene uniforme. La parte perjudicada por esa alteración en la onerosidad de las prestaciones ejercita su derecho de denuncia unilateral o de no prorrogar el contrato, lo que en la práctica equivale a un desistimiento unilateral. ¿Podría entenderse que es válido ante el

⁷³⁹ Puede verse un apoyo decidido a este nuevo criterio, e incluso la postulación de que se extienda no sólo al ejercicio del derecho de desistimiento sino en general a la perfección de los contratos electrónicos con consumidores, en ILLESCAS ORTIZ, R.: “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 84, julio 2007, págs. 16-17. Así, *“hay que regocijarse, por consiguiente, de que el Legislador, a los cinco años de dictar el criticable en extremo art. 54 del Código de Comercio se haya apartado de su contenido y lo haya hecho para un número enorme de contratos mercantiles celebrados diariamente en soporte electrónico. Es cierto que lo hace para tutelar a los consumidores, gobernar su derecho de rescisión o desistimiento e imponer un criterio que consecuentemente no es el adecuado para el tráfico entre empresarios. Todo ello, sin embargo, no disminuye el mérito del art. 10.3 de la LCDSFDC: pone de manifiesto una vez más lo inadecuado de la decisión de 2002 sobre contratación a distancia y la necesidad legalmente manifestada de modificarla sustancialmente.”*

hecho de que el motivo de su ejercicio es exclusivamente el interés propio y la pérdida del equilibrio entre las prestaciones de las partes? La respuesta parece obvia.

Así lo estima también la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 29 de marzo de 2010⁷⁴⁰, que tras constatar que el contratante ha denunciado unilateralmente y *ad nutum* un contrato que había sido prorrogado tácitamente desde su suscripción y con una vigencia de diez años, coincidiendo con el incremento de su prestación, concluye que en estas circunstancias, el ejercicio de la facultad de desistimiento, sin existir justa causa, no puede estimarse conforme a las exigencias de la buena fe, sino abusiva y en consecuencia se declara la ineficacia de la oposición a la prórroga del contrato.

Del contenido de esta resolución judicial podría derivarse claramente la solución a la cuestión planteada: cuando el derecho de desistimiento se ejercita de manera abusiva, es ineficaz y, por tanto, el contrato pactado debe seguir subsistiendo en los términos iniciales.

El único inconveniente que presenta la referida sentencia es que se trata de un contrato de seguro en el que quien ejercita la facultad de desistimiento no es el asegurado, sino la compañía aseguradora de un contrato de asistencia sanitaria que decide la no renovación de la póliza porque uno de los asegurados padece patologías crónicas (diabetes *mellitus* tipo I, hipotiroidismo y depresión con insomnio secundario) y con un alto coste económico. En la misma, la Audiencia Provincial, tras descartar el carácter abusivo de la facultad de no renovación anual de la póliza conferida a ambas partes –por ser un trasunto del art. 22 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante, LCS)⁷⁴¹–, procede a analizar la actuación de la aseguradora teniendo en cuenta el art. 7.1 del Código Civil, que obliga al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe en sentido objetivo (entendida como

⁷⁴⁰ ID CENDOJ 08019370152010100043.

⁷⁴¹ De acuerdo con la sentencia, “*al efectuar el juicio del control de contenido para determinar la nulidad de una cláusula abusiva es relevante determinar si dicha cláusula altera los efectos normales del contrato de seguro, para lo que resulta esencial constatar si la cláusula reproduce una norma imperativa o dispositiva de la LCS. Pues en ese caso, dicha cláusula representa la normalidad del contrato de seguro asumida por el Legislador. Es por ello, que reproduciendo la condición general litigiosa el contenido del artículo 22 LCS no cabe declarar su nulidad por lesiva o abusiva, con arreglo a los arts. 3 LCS y 82 LGDCU. El desistimiento unilateral, como facultad de una de las partes contractuales a poner fin al contrato, que procede de la LCS no puede constituir una cláusula lesiva (art. 3 LCS) o abusiva (LGDCU)*”.

“comportamiento honrado, justo”) y tras hacer referencia a la finalidad de la facultad de denuncia unilateral contenida en el art. 22 citado, concluye que su actuación no es acorde con las exigencias de la buena fe⁷⁴².

Debemos plantearnos si estos mismos argumentos a favor de la buena fe en el ejercicio de los derechos por parte del empresario pueden ser de aplicación a los consumidores, pues existen numerosos supuestos en que estos pueden tener la posibilidad de ejercitar sus derechos de manera abusiva⁷⁴³.

La doctrina en general no suele plantearse la cuestión, pues la definición legal, al no exigir la concurrencia de justa causa, parece eludir la necesidad de la buena fe⁷⁴⁴. Sin embargo, no faltan autores que hacen referencia a la buena fe, aunque no llegan a exigir su concurrencia como requisito de ejercicio del derecho⁷⁴⁵.

⁷⁴² “La naturaleza del riesgo asegurado en los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria y la evidencia de que la contratación de una nueva póliza es más difícil y onerosa para el asegurado cuanto más avanzada sea su edad y el estado de sus enfermedades, por incrementarse las posibilidades de siniestro, pone de manifiesto que en ese tipo de seguro de personas el ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato es más lesiva para el asegurado que para el asegurador cuando la ejercita el tomador y su denuncia unilateral sin motivo válido ni justa causa favorece especialmente al asegurador”.

⁷⁴³ Piénsese, en el ámbito que nos ocupa, en alguien que necesita una cantidad importante de dinero para hacer frente a un pago inaplazable y que carece del mismo si bien en unos días podrá disponer de dicho importe (por ejemplo, se producirá el vencimiento de una imposición a plazo fijo). Si solicita un préstamo a distancia y, dentro del plazo para ejercitar el derecho de desistimiento, deja de serle necesario su importe, podría ejercitarlo de manera abusiva si el coste en tal caso fuese inferior a la rentabilidad obtenida por la no disposición anticipada de la imposición a plazo fijo. Otro ejemplo sería la constitución de un préstamo pignoraticio con la garantía de un cuadro de gran valor o de una joya como alternativa a la contratación de una caja de seguridad para su conservación, por un breve plazo de tiempo y ejercicio del derecho de desistimiento durante el mismo.

⁷⁴⁴ COHEN BENCHETRIT, A., “El derecho de desistimiento en los contratos por el consumidor”, *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 118, 2016, LA LEY 7947/2015, al describir las características del desistimiento, indica que el desistimiento “no exige la concurrencia de justa causa (facultad de desistimiento *ad nutum*), por lo que difícilmente puede calificarse su ejercicio como abusivo (art. 7.2 Cc)”. Para GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 228, una característica del derecho de desistimiento es su “carácter unilateral y libre”.

⁷⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro, *Foro Galego: revista xurídica*, nº 198, 2008, pág. 208, para quien “la ausencia de indicación de motivos se refiere a que no es preciso que los manifieste cuando ejercite esa facultad, pero es claro que el tomador del seguro puede tener determinados motivos para el ejercicio de esa facultad. La Ley quiere poner de manifiesto la irrelevancia de los motivos que impulsan al tomador al ejercicio de esa facultad, que pueden ser de orden muy variado, desde que han cambiado las circunstancias que le impulsaron a celebrar el contrato de seguro, hasta el hecho de que, tras una más amplia reflexión y lectura sobre las condiciones generales del contrato, aprecia que la cobertura ofrecida por el asegurador es inferior a la que pensaba, que estima excesiva la onerosidad de la prima una vez que ha pagado su importe, de modo especial si conoce la existencia de un seguro similar ofrecido por otro asegurador en mejores condiciones o cualquier otra motivación, que no está obligado a manifestar”. En la misma línea se pronuncia ACOSA SÁNCHEZ,

Por otro lado, una interpretación literal de las normas no implica la inexistencia de motivos para ejercer el derecho de desistimiento, sino la innecesariedad de su alegación ante el empresario⁷⁴⁶. Eso implica, a nuestro juicio, que debe poder admitirse al proveedor del servicio oponerse al derecho de desistimiento, al menos en los supuestos en que se pueda acreditar una evidente mala fe en la contratación y posterior ejercicio del derecho.

La buena fe es un elemento que impregna nuestro Ordenamiento jurídico, un principio general del Derecho que se regula no sólo desde el punto de vista sustantivo sino incluso en el aspecto procesal del ejercicio de los derechos. El art. 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. No parece lógico, por tanto, que el ejercicio de un derecho de manera extrajudicial no haya de someterse a las mismas reglas. Especialmente, si tenemos en cuenta que también en el orden sustantivo se establece la misma obligación de actuar conforme a la buena fe, tanto en el Código Civil, según el cual los derechos han de ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe, como en el Código de Comercio que también establece la obligación de los contratantes de ejecutar y cumplir de buena fe los contratos de comercio en el art. 57.

Tampoco la Ley ampara el abuso de derecho o su ejercicio antisocial. De acuerdo con el art. 7 del Código Civil, todo acto u omisión que por la intención de su

M.R., “La nueva regulación del crédito al consumo en el ámbito europeo: la propuesta de Directiva de crédito a los consumidores, de 11 de septiembre de 2002”, *Diario La Ley*, núm. 6152, 22 de diciembre de 2004 (versión electrónica), quien, analizando el derecho de retractación conferido al consumidor-prestatario en la Propuesta de Directiva de crédito al consumo, indica que si bien la concesión de este derecho al consumidor tiene como objetivo proteger a la parte contratante más débil, añade que “*no obstante, también se puede abusar de este derecho de retractación. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad que tiene el consumidor de celebrar un contrato de crédito con una entidad de crédito determinada. Durante los primeros catorce días naturales de ejecución de dicho contrato, si el consumidor encontrara un prestamista que le ofreciera un crédito con unas condiciones más ventajosas que las ofrecidas por el prestamista con quien ha celebrado ya el contrato, el mismo podría desvincularse de tal contrato restituyendo a aquél las sumas recibidas –pagando los intereses adeudados para el período de detracción de crédito, calculados de acuerdo con la tasa anual equivalente acordada*”.

⁷⁴⁶ No sólo se indica así en la DCDSFC sino que las Directivas más recientes también lo incluyen. Así, el art. 9 de la Directiva 2011/83/UE indica que el consumidor dispondrá de un período de catorce días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, *sin indicar* el motivo. Por su parte, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 no establece nada expresamente, si bien debe tenerse en cuenta que sigue como modelo el establecido por la DCDSFC.

autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a las medidas judiciales o administrativas que lo impidan⁷⁴⁷.

En definitiva, una interpretación sistemática de nuestro Ordenamiento jurídico implica la necesidad del respeto a la buena fe. Como indica la doctrina, la equidad y buena fe han de considerarse como principios delimitadores de la conducta abusiva y de las buenas o malas prácticas en materia de contratación⁷⁴⁸.

Por otro lado, la jurisprudencia tampoco es proclive a la aplicación de la teoría de la buena fe, como se desprende de una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2014⁷⁴⁹, que aborda el tema recurrente de los contratos de mantenimiento de ascensores, si bien con la particularidad de que el contratante no es un consumidor sino una sociedad mercantil propietaria de una Residencia de Ancianos, y que fija doctrina jurisprudencial al respecto.

El contrato suscrito entre las partes se pacta por plazo de diez años e incluye una cláusula por la que *“en el supuesto de rescisión unilateral del contrato por alguna de las partes, la parte que rescinda indemnizará a la otra parte, con un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato, tomando como base el importe de la última cuota facturada”*.

En este contexto, la contratante da por extinguido el contrato y la prestadora del servicio de mantenimiento reclama la correspondiente indemnización. En primera y segunda instancia, se estiman parcialmente sus pretensiones pues se modera el importe

⁷⁴⁷ También el art. 247.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal. En el mismo sentido se pronuncia el art. 11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985), según el cual *“en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*, añadiéndose en su párrafo segundo que *“los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal”*.

⁷⁴⁸ RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Cizur Menor, 2002, pág. 165, quien añade que *“conforme a ello, la equidad viene contemplada en el art. 3.2 del Código Civil como fundamento de ponderación de la aplicación de las normas en los supuestos que no contravengan los mandatos legales, atendiendo a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas (STS 18-7-1986)”*.

⁷⁴⁹ Sentencia núm. 149/2014, ID Cendoj 28079110012014100107.

de la indemnización. El Tribunal Supremo, en cambio, estima el recurso de casación interpuesto por la prestadora del servicio y condena a la contratante al pago de todas las cantidades pactadas, sin moderación de ningún tipo con base en la mala fe indudable que supone la redacción de la cláusula.

El Tribunal, tras destacar que la demandada no ostenta la condición de consumidor sino que el destino del servicio contratado queda integrado plenamente en el marco de su actividad empresarial o profesional, rechaza la posibilidad de acudir al control de abusividad establecido para las condiciones generales, estableciendo que ha de atenderse al régimen general del “*contrato por negociación*”, que se rige, fundamentalmente, por la voluntad manifestada por las partes en el contrato.

Rechaza igualmente que se aplique el régimen de moderación judicial de la cláusula penal establecido en el art. 1154 del Código Civil, pues se aplica sólo en aquellos casos en que la obligación principal fuere parcial o irregularmente cumplida, sin que pueda extenderse a los supuestos en que por configuración contractual se haya pactado un pena como indemnización en caso de desistimiento unilateral por alguna de las partes.

En estos casos, la moderación judicial queda excluida y “*la producción del evento específicamente previsto, en nuestro caso el ejercicio unilateral de la facultad de desistimiento, determina la aplicación de la pena sin necesidad de probar la idoneidad de ese hecho en el plano del incumplimiento contractual y, en consecuencia, de los daños contractuales que pudieran derivarse*”. Concluye fijando como doctrina jurisprudencial que “*en los contratos por negociación, en los que expresamente se prevea una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, la valoración o alcance patrimonial de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación, cuestión que pertenece al principio de autonomía de la voluntad de las partes*”.

En nuestra opinión, el Tribunal ha perdido la oportunidad de introducir el criterio de la buena fe para estos supuestos de clara transgresión por una de las partes. La duda que se nos plantea es si habría tenido el mismo criterio si hubiésemos estado ante un contrato de adhesión en el que una de las partes fuera un consumidor. Y aún más dudas nos plantea si habría llegado a aplicar el principio general de la buena fe en caso de que fuera el consumidor quien hubiese faltado a ella.

Una sentencia aún más reciente parece atisbar un uso del criterio de la buena fe, aunque nuevamente se trata de un supuesto en el que no aparecen implicados consumidores. Se trata de la sentencia de 14 de marzo de 2017⁷⁵⁰, relativa a un litigio entre dos sociedades que suscriben un acuerdo de venta de las participaciones sociales de una tercera sociedad, cuyo objeto social es la prestación del servicio de “handling” en aeropuertos. Cuando se fija el precio, se pacta el pago de un precio adicional de venta para el caso de que la entidad cuyo capital se ha vendido obtenga nuevas concesiones de servicios en aeropuertos en concursos públicos durante un cierto periodo de tiempo. Este precio adicional tenía su razón de ser en que se habían realizado con anterioridad a la venta de la sociedad –y, por tanto, se habían sufragado por los socios vendedores– determinadas inversiones en la misma para posibilitar esas futuras y eventuales adjudicaciones.

El conflicto surge porque se producen adjudicaciones de nuevos servicios pero en concursos a los que la sociedad concurre en el seno de una Unión Temporal de Empresas, por lo que la sociedad compradora del capital pretende pagar sólo el porcentaje de participación en la UTE correspondiente a la sociedad vendida. La Audiencia Provincial aplica esa tesis y reduce el importe reclamado. El Tribunal Supremo, en cambio, estima el recurso al entender que la posibilidad de concurrir a esos nuevos servicios licitados de manera independiente, sin constituir una UTE, no existía ya a la firma del contrato y por tanto la compradora era consciente de que el precio que se pactaba era para el caso de obtener nuevas concesiones de servicios integrada en una Unión Temporal de Empresas.

Pues bien, el criterio al que el Tribunal Supremo se refiere para fundamentar su sentencia es precisamente el principio general de la buena fe, estableciendo que, en base a sentencias anteriores, que *“la doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 1258 del Código Civil se concreta en la sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2002, según la cual la buena fe a que se refiere el artículo 1258 es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal (sentencias de 26 de octubre de 1995, 6 de marzo de 1999, 30 de junio y 25 de julio de 2000, entre otras) que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el Legislador, ni establecidos por la*

⁷⁵⁰ Sentencia 184/2017, Id Cendoj: 28079110012017100177.

costumbre o el contrato (sentencia de 22 de septiembre de 1997). Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (sentencias de 16 de noviembre de 1979, 29 de febrero y 2 de octubre de 2000); de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (sentencias de 26 de enero de 1980, 21 de septiembre de 1987 y 20 de febrero de 2000). Aplicando en concreto el instituto al campo contractual, integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no sólo a lo que expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (por todas, sentencia de 26 de octubre de 1995). La sentencia de 16 de noviembre de 1979 señala que "en toda relación jurídica, en su revelación objetiva que es la esencia indagadora de la voluntad reflejada en el consentimiento, lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negocials, toda vez que cuanto más determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta, no deben defraudar esa confianza suscitada y es inadmisibile toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza". En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias posteriores como las de 30 enero y 21 noviembre 2003, 10 enero 2006 y 5 noviembre 2007".

Desde luego, entendemos que los conceptos a los que alude el Tribunal Supremo en esta sentencia - *comportamiento honrado, justo, leal, coherente y de protección de la confianza ajena; reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida*-, no pueden obviarse a pesar de la normativa especialmente tuitiva del consumidor. La finalidad de la normativa es protegerle de determinadas técnicas y situaciones que le colocan en una situación de desigualdad frente al empresario, no convertir su actuación en un comportamiento deshonesto, injusto y transgresor de la fidelidad en las relaciones contractuales.

Otro argumento adicional sería que el criterio de la buena fe ha sido acogido incluso por la Directiva sobre derechos de los consumidores al regular el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor y sus obligaciones de devolución del bien adquirido, que debe cumplir, según el art. 14 de la misma, “*sin ninguna demora indebida*”⁷⁵¹. También el criterio de la buena fe sirve para el establecimiento de alguno de los supuestos en que se excluye el derecho de desistimiento, como analizaremos en el apartado siguiente.

Sin embargo, el Legislador español no parece orientarse en esa dirección. Resulta llamativo, en tal sentido, el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, destinada a la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010⁷⁵². El art. 4 del anteproyecto, que se rubrica como “*principios de actuación en la concesión de préstamos inmobiliarios*” establece la obligación de actuación de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, pero se limita a los prestamistas, intermediarios de crédito y sus representantes designados. Es cierto que el precepto está orientado a proteger al consumidor⁷⁵³, pero podría haberse extendido la obligación de actuar con honestidad también al prestatario, lo que habría significado un reconocimiento explícito de la buena fe como criterio de actuación en la contratación crediticia.

⁷⁵¹ Aún más explícito resulta el Considerando 47 del Preámbulo, según el cual “*algunos consumidores ejercen su derecho de desistimiento después de haber utilizado los bienes más de lo que sería necesario para determinar su naturaleza, sus características o su funcionamiento. En este caso, el consumidor no debe perder el derecho de desistimiento pero debe ser responsable de cualquier depreciación de los bienes. Para determinar la naturaleza, las características y el funcionamiento de los bienes, el consumidor solo debe realizar las mismas manipulaciones e inspecciones de los bienes que las que se admitirían en un establecimiento mercantil. Por ejemplo, el consumidor podría probarse una prenda, pero no estaría autorizado a llevarla puesta. Por consiguiente, durante el período de prueba el consumidor debe manipular e inspeccionar los bienes con el debido cuidado*”.

⁷⁵² DOCE núm. 60, de 28 de febrero de 2014.

⁷⁵³ Según el precepto, “*los prestamistas, los intermediarios de crédito y los representantes designados actuarán de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios, tanto en la elaboración de productos crediticios, la concesión de créditos, prestación de servicios de intermediación o de asesoramiento sobre el crédito o, en su caso, de servicios accesorios, como en la ejecución de los contratos de crédito*”.

III.8. Supuestos excluidos del derecho de desistimiento.

Sentada la regla general que establece la existencia de un derecho de desistimiento en los contratos de servicios financieros comercializados a distancia, existen supuestos en los que se excluye su ejercicio, quizá con la finalidad de compensar los abusos que el consumidor puede cometer. La propia DCDSFC establece supuestos a los que, por excepción, no se les aplica el derecho de desistimiento. También incluye supuestos en los que serán los Estados miembros los que decidan, a la hora de la trasposición, sobre su exclusión o no del derecho de desistimiento.

Las razones que utiliza un sector de la doctrina para no reconocer el derecho de desistimiento en materia de servicios financieros a distancia son de dos tipos⁷⁵⁴: por un lado, se dice que si se admitiera el desistimiento en estos casos la entidad financiera sufriría perjuicios injustos de difícil reparación; de otro lado, se indica también que, en ocasiones, además, son supuestos en los que la posibilidad de desistir permitiría al consumidor especular a costa de la propia entidad financiera. Se trataría, de este modo, de compensar con los supuestos excluidos de derecho de desistimiento las posibilidades de abuso del consumidor y que podrían, según nuestra opinión, contrarrestarse con la exigencia del ejercicio del derecho conforme a la buena fe.

Es por ello que no compartimos su razonamiento. Es cierto que hay un grupo de supuestos exceptuados en los que la fluctuación del precio del servicio, que no depende de la entidad financiera que los presta, permite la especulación por parte del consumidor, pero ello no siempre va a provocar perjuicios al proveedor de servicios. De ahí que nos parezca más convincente la idea de otro sector doctrinal que justifica las excepciones por tratarse de operaciones que requieren una rápida ejecución o cuyo cumplimiento se asocia a factores externos que pueden hacer oscilar el precio del servicio en un corto espacio de tiempo⁷⁵⁵.

⁷⁵⁴ SIRVENT GARCIA, J, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 81. En el mismo sentido, GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 229.

⁷⁵⁵ MARIMÓN DURÁ, R, *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*. Madrid, 2010, pág. 196.

En nuestra opinión, un elemento esencial del derecho de desistimiento es la brevedad de su plazo de ejecución, al objeto de evitar la inseguridad jurídica que supone la situación en que se encuentra un contrato respecto del cual aún puede ejercitarse el desistimiento. Si el contrato es de ejecución instantánea o de tracto sucesivo pero con una duración inferior a la del plazo para el ejercicio del desistimiento, éste debe decaer porque la justa correspondencia de las contraprestaciones así lo exige. Lo mismo debe ocurrir cuando el precio del servicio oscile en el tiempo, pues en este caso, permitirle a una de las partes la extinción del contrato supondría tanto como permitirle fijar unilateralmente el precio y ello tampoco resulta acorde con la equivalencia de las prestaciones que el contrato persigue.

La Directiva excluye imperativamente tres grupos de supuestos y permite a los Estados miembros ampliar su número en otros tres, cuya oportunidad obedece más bien a motivos de política legislativa. La Ley, por su parte, incluye un supuesto más que ni está previsto en la Directiva ni tampoco viene permitida su inclusión por la misma, existiendo por tanto un claro incumplimiento de la norma comunitaria.

La enumeración de supuestos en que no resultará de aplicación el derecho de desistimiento es, por tanto, la siguiente:

- a) Servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de desistimiento.

Se trata de supuestos en los que durante el período de tiempo que media entre la celebración del contrato y el momento de ejercicio del derecho de desistimiento pueden producirse variaciones en el valor de las prestaciones del contrato que no pueden ser controladas ni previstas por el banco al contratar⁷⁵⁶. Permitir el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor en estos supuestos le permitiría especular con el mismo y, de algún modo, supondría la admisión de un contrato en el que el precio no quedaría establecido desde el principio, por lo que podría desvirtuarse el propio concepto de contrato.

⁷⁵⁶ SIRVENT GARCIA, J, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 82.

Se incluyen en este apartado las transacciones sobre:

- 1º. Operaciones de cambio de divisas⁷⁵⁷,
- 2º. Instrumentos del mercado monetario⁷⁵⁸,
- 3º. Valores negociables⁷⁵⁹,
- 4º. Participaciones en instituciones de inversión colectiva⁷⁶⁰,
- 5º. Contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo⁷⁶¹,

⁷⁵⁷ Las divisas son las monedas o unidades de cuenta de un país o zona económica y pueden definirse como el medio de pago extendido en una moneda diferente a la moneda nacional y pagadera en un país distinto al de residencia de su tenedor (MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J.A., CALVO GONZÁLEZ, J.L., *Banca y mercados financieros*, Valencia, 2009, pág. 214). Cuando se habla de cambio de divisas, no se está refiriendo al simple cambio de moneda (compraventa de billetes extranjeros) sino al cambio de denominación de un activo, instrumento financiero o medio de pago en una divisa, que pasa a estar denominado en otra diferente. El mercado de divisas sólo admite transacciones electrónicas.

⁷⁵⁸ Se trata de instrumentos de deuda que tienen un vencimiento de menos de un año, tales como las Letras del Tesoro a corto plazo, certificados de depósito y pagarés.

⁷⁵⁹ Los valores negociables son uno de los tipos de instrumentos financieros negociables en los mercados de valores y se regulan en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Según el art. 2.1 del referido texto legal, tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero. Entre los valores negociables se incluye las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren; las cédulas y bonos de internacionalización; los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables; las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias; los bonos de titulización; las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva, así como las de las entidades de capital-riesgo y las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado; los instrumentos del mercado monetario entendiendo por tales las categorías de instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario tales como las letras del Tesoro, certificados de depósito y pagarés, salvo que sean librados singularmente; las participaciones preferentes; las cédulas territoriales; y los *warrants* y demás valores negociables derivados que confieran el derecho a adquirir o vender cualquier otro valor negociable, o que den derecho a una liquidación en efectivo determinada por referencia, entre otros, a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas, riesgo de crédito u otros índices o medidas.

⁷⁶⁰ Se trata de una redundancia legal, pues se consideran valores negociables y por tanto no sería preciso incluirlas en un apartado específico del precepto. Sobre el concepto de institución de inversión colectiva, nos hemos referido en este mismo capítulo al analizar la figura del empresario.

⁷⁶¹ Los contratos de futuros son otra modalidad de valores negociables, que pueden definirse como “contrato a plazo estándar negociado en un mercado organizado que obliga a las partes a comprar o vender un activo subyacente a una fecha futura y determinada y a un precio pactado. Así el comprador del futuro se compromete a adquirir un activo en una fecha futura determinada en el momento de su adquisición y el vendedor a vender dicho activo en esa misma fecha en los términos y precios establecidos hoy. Llegado el vencimiento se entregará dicho activo y se pagará el precio pactado, o se liquidará por compensación de la diferencia entre el precio pactado y el existente en el momento final de la liquidación” (MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J.A., CALVO GONZÁLEZ, J.L., *Banca y mercados financieros*, Valencia, 2009, pág. 291). Los activos sobre los que se negocian los futuros pueden ser variados: productos agrícolas, acciones, índices bursátiles, divisas, etc.

6º. Contratos de futuros sobre tipos de interés,

7º. Contratos de permuta sobre tipos de interés, sobre divisas o los ligados a acciones o a un índice sobre acciones, opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos relacionados en los anteriores apartados, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo⁷⁶². Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés,

8º. Contratos referenciados a índices, precios o tipos de interés de mercado,

9º. Contratos vinculados, en los que, al menos, uno de los negocios jurídicos suponga una transacción de las mencionadas en los apartados anteriores. A los efectos de la Ley , se considerarán contratos vinculados aquellos negocios jurídicos complejos resultado de la yuxtaposición de dos o más negocios jurídicos independientes, en los que, como resultado de esa yuxtaposición, la ejecución de uno dependa de la de todos los demás, ya sea simultánea o sucesivamente;

- b) Determinado tipos de contratos de seguros, en los que la regulación interna es bastante más extensa que la incluida en la Directiva, que sólo se refiere a seguros de viaje o de equipaje o seguros similares de una duración inferior a un mes. Esta enumeración es ampliada considerablemente por la Ley, a pesar de tratarse de una Directiva de máximos, al incluir otros supuestos, quizá bajo el cobijo de la expresión “*similares*” contenida en la DCDSFC⁷⁶³. Así, quedan excluidos los siguientes contratos de seguro:

⁷⁶² Las opciones son contratos que dan derecho a la parte compradora del mismo a comprar o vender un activo subyacente, en una fecha determinada y al precio pactado, y obliga a la parte vendedora del contrato a vender o comprar el activo en los términos fijados si el comprador ejerce el derecho. En consecuencia, se trata de un contrato asimétrico: la opción sólo compromete a una de las partes –el vendedor- a diferencia del contrato de futuros en que ambas partes se obligan. El que compra una opción adquiere un derecho, de comprar o vender un activo, mientras que quien emite la opción tiene la obligación de vender o comprar (MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J.A., CALVO GONZÁLEZ, J.L., *Banca y mercados financieros*, Valencia, 2009, pág. 305). Las opciones pueden ser de compra (*call option*) o de venta (*put option*). Las permutas son la combinación de una opción de compra y una opción de venta.

⁷⁶³ Para GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 230-231, lo que hace el Legislador estatal es concretar el concepto de “*seguros similares*”, lo que debería limitarse a seguros privados de ejecución inmediata y de poca importancia al ser estos a los que se refería la Directiva, según se desprende de su tramitación. En la medida en que se exceda este concepto, la Ley estaría contrariando las disposiciones contenidas en la DCDSFC.

- Contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de la inversión⁷⁶⁴ y aquellos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas a los mismos⁷⁶⁵. Debe tenerse en cuenta que este precepto es reproducción literal del art. 83 a).1, inciso segundo de la Ley 50/80, de 8 de octubre, de contrato de seguro, referido a los contratos de seguro de vida de duración superior a seis meses y con independencia de la forma de su contratación. Este precepto recoge a su vez lo establecido en las directivas comunitarias en materia de seguros, en concreto, la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida⁷⁶⁶, por lo que la doctrina considera esta inclusión no adecuada⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ Los seguros de vida tradicionales establecían una cantidad de capital o de renta a entregar al asegurado en caso de supervivencia o a sus beneficiarios en caso de muerte. Sin embargo, la adaptación de la legislación española a las Directivas comunitarias en materia de seguros, supusieron la introducción de nuevos tipos de seguros, como aquellos en los que es el propio tomador quien indica las inversiones que deben llevarse a cabo con la prima, asumiendo en tal caso el riesgo de la inversión. Son los llamados “unit-linked”. Como indica la doctrina (TIRADO SUÁREZ, F.J., “Capítulo 81, Los seguros de personas”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *Derecho Mercantil*, Vol. II, 14ª Ed., Madrid, 2010, págs. 785-786), en esta modalidad de seguro “*se difuminan las notas características típicas del seguro de vida, aproximándose a las demás operaciones financieras, si bien exista por el asegurador, en su caso, la garantía del riesgo de gestión y liquidación. Esta aproximación entre el mundo del seguro y el de las inversiones ha llevado a algunos Ordenamientos jurídicos a aplicar en materia de celebración de seguros de vida, las cautelas previstas para las inversiones por parte de personas no expertas*”.

⁷⁶⁵ Es este caso, la doctrina considera que esta modalidad se excluye del derecho de desistimiento al no ser habitual su contratación por consumidores, sino por tomadores profesionales. Así, VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 190.

⁷⁶⁶ DOCE núm. L 345, de 19 de diciembre de 2002.

⁷⁶⁷ Así, GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 23, quien entiende que no es adecuado “*a la luz del principio de intervención mínima. No hacía falta su incorporación en la LCDSFC considerando que ésta está llamada a regular los aspectos esenciales o necesarios en relación con la comercialización a distancia, por lo que, es bastante, en este sentido, la aplicación cumulativa de las normas sectoriales –en este caso, la LCS- cuando corresponda*”.

- Contratos de seguro de viaje, equipaje o seguros similares de una duración inferior a un mes⁷⁶⁸. La razón en este caso es la brevedad de la duración del seguro en relación con el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento (de catorce días), habiendo unanimidad de la doctrina⁷⁶⁹.
- Contratos cuyos efectos terminen antes del plazo de ejercicio del propio derecho de desistimiento⁷⁷⁰. El concepto de terminación de efectos debe entenderse como la desaparición del interés asegurado, que puede ocurrir por el mero transcurso del tiempo o bien por haberse producido el siniestro. En tal sentido, debe recordarse que el art. 6 bis de la Ley 50/80, de contrato de seguro, introducido por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, exigía como requisito para ejercer el derecho de desistimiento que no hubiera ocurrido el evento dañoso. Este supuesto se considera por la doctrina incluido en este apartado según la doctrina⁷⁷¹, de tal modo que si hubiese ocurrido el siniestro ya no sería posible el derecho de desistimiento.

⁷⁶⁸ Debe tenerse en cuenta que en la redacción original de la Ley sólo se hacía referencia a los contratos de viaje o equipaje de una duración inferior a un mes. La introducción de la redacción actual, que incluye a los contratos de seguro similares se llevó a cabo a través de la Disposición Final Segunda de la Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 87, de 12 de abril de 2011). Esta Disposición introdujo esta modificación en el art. 10, así como dio nueva redacción al art. 14 dedicado a las comunicaciones no solicitadas.

⁷⁶⁹ VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 190; SIRVENT GARCIA, J., “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 82.

⁷⁷⁰ Existen múltiples ejemplos de seguros que cubren daños en eventos de corta duración y que, por tanto, su extinción es casi inmediata (celebración de un concierto, desfiles procesionales de Semana Santa, etc.).

⁷⁷¹ SÁNCHEZ CALERO, F., “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro, *Foro Galego: revista xurídica*, nº 198, 2008, pág. 204.

- Contratos de seguro que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador⁷⁷². Esta exclusión se fundamenta por la doctrina en el carácter obligatorio de dichos seguros, lo que, en opinión de la doctrina, debe evitar esa libertad en la extinción de los contratos⁷⁷³. Sin embargo, no creemos que sea en realidad un obstáculo, pues es perfectamente posible que un consumidor acceda a una contratación por vía electrónica de un seguro obligatorio y, posteriormente, se arrepienta y lo sustituya por otro seguro de la misma modalidad pero con unas condiciones más favorables para el mismo. Si lo que el Legislador pretende es evitar la posibilidad de que el obligado a suscribir el seguro lo haga a fin de justificarlo y posteriormente desista del seguro, es la norma que impone la obligatoriedad del seguro la que debe establecer las consecuencias de no suscribirlo o de desistir del mismo de manera fraudulenta y no privar de un derecho a los consumidores con carácter general.

- los planes de previsión asegurados, que son contratos de seguro de vida cuyas características vienen configuradas por la normativa tributaria y que dan derecho a deducciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Es precisamente por el hecho de permitir determinados beneficios tributarios por lo que la norma los excluye del derecho de desistimiento⁷⁷⁴. Cabe hacer al respecto la misma crítica que respecto del supuesto anterior, puesto que la mera existencia de un beneficio fiscal no

⁷⁷² Fundamentalmente, estamos hablando de los seguros del automóvil y los impuestos por la legislación en materia de caza, pues otras modalidades posibles son eminentemente profesionales y por tanto excluidas del ámbito de aplicación de la Ley .

⁷⁷³ VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 190; SIRVENT GARCIA, J, “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 82.

⁷⁷⁴ VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 191, quien hace referencia a los “eventuales desajustes que se podrían producir por las deducciones practicadas por el tomador”.

puede constituir razón suficiente para eliminar con carácter general un derecho del consumidor.

- c) Contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de desistimiento, como las órdenes de transferencia y las operaciones de gestión de cobro. Debe tenerse en cuenta que este es un supuesto previsto en la Directiva, si bien la Ley estatal se encarga de *ejemplificar* con la alusión a la transferencia⁷⁷⁵ y a las operaciones de gestión de cobro. Y se trata de ejemplos que probablemente no estén bien elegidos, pues puede ocurrir que la transferencia no se haya ejecutado en su totalidad antes del transcurso del plazo de desistimiento –piénsese en una transferencia periódica, en la que la Ley sólo se aplicaría al acuerdo inicial de servicio o en una transferencia programada para que tenga lugar en determinada fecha aún alejada en el tiempo cuando se “ordena”; lo mismo cabe decir respecto de las operaciones de gestión de cobro, consistentes en el encargo al banco de presentar al cobro en la entidad domiciliataria una letra de cambio o cualquier otro efecto de comercio. En este último supuesto, es perfectamente posible que exista un periodo de tiempo suficiente entre la contratación de la gestión de cobro y el vencimiento del crédito cuyo cobro se va a gestionar y por tanto sería perfectamente viable la concesión del derecho de desistimiento.
- d) Créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o destinados a renovar o mejorar inmuebles. Este es un supuesto que la Directiva no excluye

⁷⁷⁵ De acuerdo con RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Cizur Menor, 2002, págs. 580-581, “la transferencia consiste en la cumplimentación de pago desde una cuenta del cliente en el banco, a la que se adeuda o debita el importe (más los gastos), con abono a favor de otra cuenta en el mismo banco o en otro diferente, sin que se requiera la presencia del beneficiario para su cobro. La transferencia no es en sí misma un contrato, sino la ejecución de una orden dada por el cliente e incardinada en el deber de gestión que la entidad asume ante él (mandato o comisión). Resulta un instrumento al servicio del cumplimiento de obligaciones de pago. Inicialmente, el banco recibe la orden de su cliente que ha de ejecutar lo más rápidamente posible; entretanto, el cliente puede revocar la orden de transferencia. Una vez cumplimentada, el banco ya no puede retractarse, aun cuando la cuenta del ordenante no disponga de saldo, no siendo retrocedible el abono que ya obra reflejado en beneficio del destinatario, aunque cuando se trate de un error, por cuanto ha nacido un derecho de crédito del beneficiario contra el banquero, salvo el enriquecimiento injusto cuando el beneficiario reciba una transferencia que no le correspondía recibir”.

directamente, sino que habilita a los Estados para que lo incluyan en sus normas de trasposición si lo entienden oportuno, como así hizo España. Su justificación parece residir en que el procedimiento para la adquisición de un inmueble es lo suficientemente largo como para que exista una previa reflexión por el consumidor⁷⁷⁶. Sin embargo, no tiene mucho sentido⁷⁷⁷, especialmente porque se recogen bajo el mismo número diversos supuestos que son totalmente distintos y que la Ley unifica. Por ejemplo, parece estar pensando la norma en supuestos en que la intervención de notarios para la formalización del préstamo o la adquisición de inmuebles excluye los riesgos del consumidor, pero olvida que los préstamos pueden obtenerse mediante documentos no intervenidos por notario –de hecho, así será en los que se celebren a distancia- y que la propiedad se adquiere sin necesidad de la intervención notarial ni registral.

- e) Créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble. En este caso, sí parece más justificable la exclusión del derecho de desistimiento, pues en estos casos la intervención del notario puede justificarla, aunque resulta imposible de encontrar en la práctica comercial, al menos en la actualidad, un préstamo hipotecario que pueda contratarse a distancia con los requisitos establecidos en la LCDSFC. Por su parte, un sector de la doctrina también rechaza este supuesto al entender que no está justificada la exclusión en la medida en que todos los gastos que ello podría conllevar –de cancelación notarial de hipoteca y su cancelación registral- correrían de cargo del prestatario, por lo que debería ser quien decidiera libremente ejercer o no el derecho de desistimiento⁷⁷⁸. Finalmente, debe tenerse en cuenta que esta cuestión se encuentra en la actualidad regulada en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de

⁷⁷⁶ Esta es la justificación que utiliza VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 191.

⁷⁷⁷ Así se manifiesta SIRVENT GARCIA, J., “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 82, quien “no alcanza a ver la razón en base a la cual se puede justificar sensatamente que el consumidor no pueda desistir, por ejemplo, de un contrato de préstamo cuyo importe invertirá en la mejora de su vivienda habitual”.

⁷⁷⁸ SIRVENT GARCIA, J., “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 83.

2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010, pendiente de trasposición al Ordenamiento interno, y que deja a los Estado la opción por establecer un período de reflexión previa o un derecho de desistimiento a favor de los consumidores.

- f) Las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de Notario, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el artículo 7. Al igual que los supuestos anteriores, la justificación parece estar en que disminuye en estos casos los eventuales riesgos de que el consumidor pueda adoptar una decisión negocial poco informada y/o poco reflexionada⁷⁷⁹. Sin embargo, no parece justificada suficientemente esta exclusión del derecho de desistimiento, aunque lo cierto y verdad es que se trata de un supuesto imposible en la realidad.
- g) Los planes de pensiones, al igual que los planes de previsión asegurados, se excepcionan del desistimiento exclusivamente por motivos tributarios, si bien es cierto que pueden existir fluctuaciones de valoración de los mismos entre la contratación y un eventual desistimiento⁷⁸⁰. En cualquier caso y como ya hemos expuesto con anterioridad, se trata de un supuesto en el que la Ley va más allá de lo permitido por la Directiva comunitaria.

A la vista de esta extensa y detallada enumeración de supuestos en los que no se admite el derecho de desistimiento, resulta interesante, a nuestro juicio, plantearnos si se trata de una enumeración exhaustiva o meramente ejemplificativa. A nuestro juicio, en el que coincidimos con la doctrina, estamos ante una relación completa, por lo que no es posible ningún otro supuesto más que los expresamente recogidos en la norma. Apoyamos esta opinión, especialmente, en que el derecho de desistimiento no es una

⁷⁷⁹ En tal sentido, GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 237.

⁷⁸⁰ Es la fundamentación que se utiliza por parte de la doctrina, como REQUEIXO SOUTO, X.M., “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, *Actualidad Civil*, núm. 13, 2009 (versión electrónica), basándose en la tramitación parlamentaria de la norma.

excepción a la obligatoriedad de los contratos y al dogma de la autonomía de la voluntad, lo que permitiría la interpretación restrictiva del mismo y, consecuentemente, la interpretación extensiva de sus excepciones. Estamos ante una causa de extinción de los contratos, prevista normativamente para proteger a la parte más débil de la relación contractual, y por tanto, las excepciones a la misma, deberán interpretarse restrictivamente.

Otra cuestión que podemos plantearnos, a la vista de la amplitud de supuestos excluidos de desistimiento, es la relativa a si realmente queda espacio para la regla general, esto es, para el derecho de desistimiento. Nuestra respuesta es afirmativa. No sólo quedaba espacio para el derecho con la promulgación de la LCDSFC, sino que los textos legales aprobados con posterioridad han supuesto una ampliación y desarrollo del derecho de desistimiento⁷⁸¹, cuestión ésta a la que dedicaremos el capítulo IV.

III.9 Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento.

El art. 10 de la LCDSFC no contiene más referencia a los efectos que supone el ejercicio del derecho de desistimiento que la alusión a que debe realizarse “*sin penalización alguna*”. A ello añade el párrafo 4 de dicho precepto que si hubiere un contrato a distancia de servicios financieros vinculado al que es objeto de desistimiento, ya sea prestado por el mismo proveedor, ya por un tercero previo acuerdo con el proveedor, este contrato adicional también quedará extinguido –mejor que resuelto-, sin penalización alguna. Por su parte, el art. 11 también se destina a regular aspectos propios de las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento, al establecer normas sobre el pago del servicio prestado con anterioridad al mismo.

Esta regulación habrá de completarse con la contenida en el TRLCU: de un lado, la propia definición del derecho de desistimiento contenida en el art. 68 del TRLCU, según el cual “*es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato*

⁷⁸¹ No es de la misma opinión GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 267, para quien “*si bien el impacto de la LCDSFC es positivo, el nivel de protección no es el deseable, a resultas de las excesivas excepciones que ésta reconoce al derecho de desistimiento (vid. Art. 10.2 LCDSFC)*”.

celebrado”; de otro, la consecuencia de su ejercicio a que se refiere el art. 74 sobre la restitución recíproca de prestaciones entre las partes del contrato.

De lo anterior, podemos concluir que los efectos del desistimiento son de dos tipos: liberatorio y restitutorio⁷⁸². De ahí que algún sector de la doctrina haya indicado que tiene efectos neutrales para proveedor y consumidor al implicar la extinción del contrato sin indemnizaciones⁷⁸³. En cualquier caso, ambos efectos operan no sólo respecto del contrato en el que se ejerce el derecho de desistimiento, sino también respecto del llamado contrato vinculado, que debe ser objeto de una especial atención.

III.9.1. Efecto liberatorio.

El principal efecto que va a tener el ejercicio del desistimiento consiste en la extinción del contrato respecto del cual se ejercita⁷⁸⁴, pues no debemos olvidar que estamos ante un contrato ya perfecto y generador de obligaciones desde que se contrajo entre las partes. No obstante, nada se indica al respecto ni en la DCDSFC ni en la LCDSFC, lo que contrasta con la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, que sí contiene una referencia explícita a este efecto, al disponer en su art. 12 que el ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento (o de celebrarlo cuando sea el consumidor quien haya realizado una oferta).

Consecuentemente con lo anterior, cesa la eficacia del contrato y, por tanto, los contratantes quedan liberados de las prestaciones a que venían obligados y que hasta ese momento no se hubieran ejecutado. Precisamente en el ámbito de los servicios financieros será muy frecuente este tipo de situaciones, pues muchos de los contratos

⁷⁸² SERRA RODRIGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación* (PLAZA PENADES, J. Dir.), Cizur Menor, 2013, pág. 253. En el mismo sentido, MARTIN SALAMANCA, S., “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 103.

⁷⁸³ REQUEIXO SOUTO, X.M., “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, *Actualidad Civil*, núm. 13, 2009 (versión electrónica).

⁷⁸⁴ OCHOA ARRIBAS, C., “Principales aspectos de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 17/2008, 2 (Versión electrónica) considera que “*el efecto principal del derecho de desistimiento es la extinción de la relación contractual*”.

son de tracto sucesivo. Así ocurrirá con contratos de cuenta corriente o contratos de tarjeta de crédito, que dejarán de tener efectos a partir del momento del desistimiento.

Entendemos que el momento del cese de efectos debe coincidir con la expedición de la declaración de voluntad de ejercicio del derecho de desistimiento y no el de la recepción por parte del proveedor de servicios. Esta posición creemos que es la más coherente con el propio concepto de desistimiento, entendido como facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato: es la sola voluntad del consumidor lo que extingue el contrato, aunque sus efectos de restitución de contraprestaciones se ligen a la notificación al empresario, por lo que tan pronto se manifieste esa voluntad extintiva debe cesar la eficacia del contrato. Esta es la posición mayoritaria de la doctrina que se ocupa del asunto⁷⁸⁵.

En nuestra opinión, el cese de efectos del contrato, tras el ejercicio del desistimiento, no tiene efectos retroactivos, sino que se producen *ex nunc*. En este sentido se pronuncia algún sector de la doctrina⁷⁸⁶, aunque existe algún autor que indica lo contrario⁷⁸⁷. No obstante, la tendencia general en la literatura referida al desistimiento en materia de servicios financieros es el silencio al respecto, para no decantarse por una u otra tesis. Y es que el tema resulta quizá más complejo de lo que aparenta ser.

⁷⁸⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro, *Foro Galego: revista xurídica*, nº 198, 2008, pág. 213. Debe tenerse en cuenta la especial relevancia que tiene en el marco asegurador, pues una vez ejercitado el derecho de desistimiento, cesa la cobertura del seguro y en caso de que ocurra el siniestro, no estará cubierto.

⁷⁸⁶ RODRIGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pág. 214. En el mismo sentido, SIRVENT GARCIA, J., “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 78.

⁷⁸⁷ BELUCHE RINCON, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia, 2009, pág. 85, según la cual el TRLCU sigue las normas establecidas en su día en la Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, al establecer que la extinción de la relación obligatoria tiene como efecto principal su liquidación, que deben llevar a cabo las partes con la restitución recíproca de prestaciones, “restitución que deberá llevarse a cabo de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 1303 y 1308 Cc, reglas generales del Código que van a guiar la restauración de la situación primitiva conforme a los principios que consagran de retroactividad, reciprocidad y simultaneidad”. En este sentido también parece pronunciarse DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., “El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, noviembre-diciembre 2016, págs. 133. La autora distingue entre el desistimiento general del Código Civil y el establecido a favor de consumidores, de manera que “en los supuestos de desistimiento regulados en el Código Civil los efectos del desistimiento son *ex nunc*, manteniéndose, en consecuencia, los efectos producidos hasta el momento de ejercitarse el desistimiento, al tratarse de obligaciones duraderas; además, no se aprecia el carácter gratuito que presenta el desistimiento, en general, cuando se atribuye a un consumidor y usuario”. Tesis que no compartimos, pues el hecho de que sea gratuito no debe afectar a los efectos que produce y desde cuándo.

Probablemente se debe a que las distintas regulaciones del derecho parecen llevar a resultados diferentes, posiblemente porque están pensadas para situaciones diversas.

En efecto, no es lo mismo un contrato de compraventa que un contrato de prestación de servicios. Así, en el TRLCU, cuya normativa refundida se refería fundamentalmente a la compra de bienes a distancia o fuera del establecimiento mercantil, se indica como una consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento que en tal caso, las partes han de restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con los arts. 1303 y 1308 del Código civil⁷⁸⁸. Además, estos preceptos son aplicables a los supuestos de nulidad del contrato, por lo que reflejan una situación de eficacia retroactiva: lo que es nulo no produce efectos y por tanto han de eliminarse todos los que se hubiesen producido, devolviéndose recíprocamente las partes las prestaciones realizadas.

Sin embargo, y ciñéndonos exclusivamente al ámbito de los servicios financieros a distancia, entendemos que el desistimiento no debe producir efectos retroactivos. El contrato ha estado vigente desde su perfección y sólo *cesa* en sus efectos, que por tanto deben dejar de producirse a partir del momento de su ejercicio. El contrato no puede desaparecer como si nunca hubiese existido, pues, de un lado, una de las partes del contrato es una entidad sometida a controles contables y administrativos cuyo efectivo ejercicio resultaría imposible si las relaciones jurídicas pudieran desaparecer como si nunca hubiesen existido; de otro lado, existen intereses públicos superiores que impiden igualmente la eliminación total de la existencia del contrato, lo que se produciría si considerásemos que estamos ante una eficacia *ex tunc* del derecho de desistimiento⁷⁸⁹.

⁷⁸⁸ El art. 1303 Cc establece: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”. Por su parte, el contenido del art. 1308 Cc es del siguiente tenor literal: “Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba”.

⁷⁸⁹ Debe tenerse en consideración especialmente la normativa en materia de prevención del blanqueo de capitales, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE núm. 103, de 29 de abril de 2010) y el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2014). En esta normativa se establece la obligación de las entidades incluidas en su ámbito de aplicación de conservar la documentación de identificación de clientes y operaciones durante un periodo de diez años desde la terminación de la relación de negocio o la ejecución de una operación ocasional.

Consciente de ello, el Legislador establece normas expresas para liquidar la relación jurídica que se extingue anticipadamente por el ejercicio del derecho de desistimiento. Como indica la doctrina⁷⁹⁰, el hecho de que el contrato quede sin efecto hace que el Legislador haya de ser riguroso a la hora de buscar un equilibrio entre hacer realmente efectivo para el consumidor este derecho y evitar la posibilidad de que con ello el consumidor pueda obtener beneficios indebidos, como sería el caso del enriquecimiento injusto. De ahí que los efectos sean diferentes en la contratación a distancia en general y en la relativa a los servicios financieros, precisamente por la diferencia del objeto sobre el que recaen.

Por tanto, lo relevante no es la determinación de si los efectos del desistimiento son retroactivos o no, sino la necesidad de analizar las específicas consecuencias que implica para cada una de las partes el ejercicio del derecho.

III. 9.2. Efectos restitutorios.

De acuerdo con lo que acabamos de exponer, entendemos que no existen efectos restitutorios. Esta denominación por la doctrina de los efectos del desistimiento tiene sentido en la contratación a distancia en general y en la celebrada fuera del establecimiento mercantil, en la que procede la restitución de prestaciones. Pero no en la de servicios financieros⁷⁹¹, donde más bien deberíamos referirnos a las normas de liquidación del contrato cuyos efectos cesan por virtud del ejercicio del desistimiento.

Debe tenerse en cuenta, además, que se excluye el derecho de desistimiento en los supuestos de contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a

⁷⁹⁰ FERNÁNDEZ PEREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Madrid, 2009, págs. 321-322. En el mismo sentido, MAYORGA TOLEDANO, M.C., “Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios”, en *Revista de Contratación Electrónica*, número 87, 2007, pág. 40, para quien “sus efectos se generarán dentro de los límites determinados por la prohibición de imposición de penalización al consumidor por su ejercicio y de la necesaria restitución de las prestaciones basada en los principios de la reciprocidad y la simultaneidad”.

⁷⁹¹ SERRA RODRIGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación* (PLAZA PENADES, J. Dir.), Cizur Menor, 2013, pág. 253, según la cual “tratándose de contratos de prestación de servicios, el efecto típico restitutorio no siempre concurrirá, dada la imposibilidad de restituir un servicios ya prestado”.

petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de desistimiento, lo cual significa que tendremos tres tipos de situaciones que analizar: contratos cuya ejecución no se ha iniciado, contratos parcialmente ejecutados y contratos totalmente ejecutados pero sin petición expresa del consumidor.

- a. Contratos cuya ejecución no se ha iniciado: en estos casos no habrá ningún efecto restitutorio, sino simplemente liberatorio, al extinguirse el contrato y quedar liberadas ambas partes del cumplimiento de sus prestaciones.
- b. Contratos parcialmente ejecutados, que son los que realmente plantean un problema de liquidación. La norma general aplicable consiste en que el ejercicio del derecho de desistimiento no puede conllevar penalización alguna (art. 10.1 LCDSFC), si bien suavizada por la equidad, al imponerse en tal caso la obligación del consumidor de pagar el servicio financiero ya prestado hasta el momento del desistimiento (art. 11.1 LCDSFC). En cualquier caso, el importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato, ni será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización⁷⁹².

En cuanto a los plazos para la liquidación del contrato, la Ley establece dos normas distintas para el proveedor de servicios y el consumidor. El apartado 3º del art. 11 establece la norma sobre la devolución de cantidades que el proveedor haya recibido como pago anticipado del servicio, que deberá llevarse a cabo a la mayor brevedad y, en todo caso, dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, que se iniciará el día en que el proveedor reciba la notificación del desistimiento, con

⁷⁹² Con esta norma se pretende evitar prácticas que podrían ser abusivas por parte del proveedor de servicios financieros. Por ejemplo, el establecimiento de una prima en un seguro muy alta en el momento inicial que baja a medida que transcurre el tiempo o, en el caso de un préstamo, un tipo de interés inicial desproporcionadamente alto. Lo mismo podría darse con una comisión de apertura en un préstamo que fuera excesiva. Con la norma establecida en el párrafo segundo del art. 11.1 se impone la proporcionalidad, por lo que habría que calcular el coste real del contrato por el tiempo de su duración pactada y aplicarla en proporción al tiempo transcurrido hasta el ejercicio del desistimiento. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en el Anteproyecto se incluía un inciso en el precepto según el cual no se consideraría equivalente a una penalización el cobro de las comisiones devengadas para la celebración del contrato y de los gastos preparatorios de la operación así como los relativos a su inscripción en registros públicos. Este inciso fue objeto de dictamen desfavorable del Consejo de Estado, por lo que se procedió a su eliminación definitiva de la norma.

independencia de que el derecho se entiende ejercitado en el momento de la expedición de la manifestación de voluntad del consumidor. De dicho importe, la Ley autoriza a que se retenga –a modo de compensación legal- por el proveedor la parte del servicio que el consumidor ha recibido y que por tanto viene obligado a abonar. El párrafo 4º del art. 11, por su parte, se refiere en general a cualquier cantidad que el consumidor hubiera recibido del proveedor –es decir, la prestación del proveedor- y establece la misma norma: deberá reembolsarse al proveedor a la mayor brevedad y en todo caso, en el máximo de treinta días naturales desde la notificación del ejercicio del desistimiento⁷⁹³.

Por último, el art. 11.2 de la Ley establece una norma especial, de carácter punitivo, para los supuestos que a continuación se indica, en los que no podrá exigirse pago alguno al consumidor, ni siquiera la parte proporcional correspondiente a los servicios prestados, aunque sí, como es lógico, la devolución de lo recibido del proveedor (es decir, el servicio si consistiera en la entrega de dinero):

- En primer lugar, si el proveedor no demuestra que ha facilitado al consumidor, con tiempo suficiente y en todo caso antes de que asuma cualquier obligación derivada del contrato a distancia, la información exigida en el artículo 7.1.3.a., es decir, la información sobre la propia existencia del derecho de desistimiento⁷⁹⁴. Con ello, se fomenta el derecho de información sobre el desistimiento al penalizarse su incumplimiento, de tal modo que si no se le informa debidamente y el consumidor solicita expresamente que se inicie la ejecución del contrato antes del transcurso del plazo de desistimiento y finalmente ejercita

⁷⁹³ Un ejemplo quizá aclare la existencia de estas dos normas que encierran alguna oscuridad. Si el consumidor solicita un préstamo, el proveedor deberá devolverle el importe de todo lo percibido como precio del servicio (es decir, comisión de apertura, intereses pagados, etc.) menos la parte correspondiente al servicio, mientras que lo que el consumidor habrá de devolver será el importe del préstamo recibido.

⁷⁹⁴ Especialmente, debe incluirse en la información a facilitar las consecuencias derivadas de la falta de ejercicio del mismo, así como que lo perderá en caso de que, antes de su ejercicio, el contrato se ejecutara en su totalidad a petición expresa del consumidor.

éste, no vendrá obligado al pago de cantidad alguna por el servicio recibido. No obstante, se destaca por la doctrina cómo la Ley es cicatera en este punto al remitirse a la información del art. 7.1.3.a y no al art. 7.1 en su conjunto, lo que además es la voluntad del Legislador, al haberse presentado una enmienda en ese sentido y ser rechazada finalmente⁷⁹⁵.

- En segundo lugar, si el proveedor inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el periodo de desistimiento. La norma legal, que transcribe la Directiva, está, sin embargo incompleta, pues no se establece en la LCDSFC la prohibición de ejecutar al contrato hasta que el consumidor presta su consentimiento a ello que, en cambio, sí se incluye en el art. 7.1 de la Directiva. La Ley española opta simplemente por permitirlo pero con la sanción para el proveedor de servicios que no cuenta con el consentimiento del consumidor para la ejecución del contrato de no poder reclamarle el pago del servicio efectivamente prestado.

- c. Contratos totalmente ejecutados antes del ejercicio del derecho de desistimiento, sin el consentimiento expreso del consumidor. En tal caso, se aplicará la excepción a la obligación de pago del consumidor del servicio prestado por el proveedor contenida en el art. 11.2.b, quedando el consumidor liberado del pago de cualquier cantidad.

En la medida en que estamos ante la prestación de servicios y no la entrega de bienes, no serán de aplicación normas como las contenidas en el TRLCU respecto de los costes de devolución del objeto de la prestación, la eventual disminución de valor del bien por el uso del mismo durante el periodo de desistimiento o la compensación por gastos útiles o necesarios realizados por el consumidor, cuestiones estas que han generado amplios debates doctrinales.

⁷⁹⁵ REQUEIXO SOUTO, X.M., “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, *Actualidad Civil*, núm. 13, 2009 (versión electrónica), según el cual con esta redacción final del precepto “*se favorece al proveedor que aporta información incompleta porque se le permite cobrar el servicio prestado hasta el momento del desistimiento*”.

III.9.3. Contratos vinculados.

Por último, también se recoge en la Ley la norma aplicable a la posible existencia de contratos vinculados que hayan sido ambos celebrados a distancia. En estas situaciones, en el caso de que al contrato a distancia sobre el que se haya ejercido el derecho de desistimiento, se le haya vinculado otro contrato a distancia de servicios financieros prestados por el mismo proveedor o por un tercero, previo acuerdo con el proveedor, dicho contrato adicional también quedará resuelto, sin penalización alguna⁷⁹⁶.

El concepto de contrato vinculado se contiene en el art. 10.1.a.9º, según el cual, a los efectos de esta Ley, se considerarán contratos vinculados aquellos negocios jurídicos complejos resultados de la yuxtaposición de dos o más negocios jurídicos independientes en los que, como resultado de esa yuxtaposición, la ejecución de uno dependa de la de todos los demás, ya sea simultánea o sucesivamente⁷⁹⁷.

La ausencia de precisiones al respecto en la Ley entendemos que debe complementarse con el propio régimen del derecho de desistimiento, por lo que las normas sobre liquidación del contrato vinculado y los plazos de devolución de pagos y cantidades deben ser las mismas que las del contrato principal.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que no es preciso que se trate de un contrato de financiación del contrato principal, como contemplaba el TRLCU en su redacción inicial en el art. 77, sino que basta con que tenga la relación indicada con el principal y se haya celebrado a distancia, con el mismo proveedor o incluso con un tercero siempre que exista un acuerdo entre ambos proveedores, que no tiene que ser en exclusiva.

⁷⁹⁶ Quizá el caso más claro sea el de un préstamo celebrado a distancia que conlleve la obligación de contratación de un seguro de vida. Si se desiste el consumidor del contrato de préstamo, igualmente se desvinculará del seguro.

⁷⁹⁷ Una definición de contrato vinculado se contiene en la Ley 17/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011), cuyo art. 29 lo define como “*aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo*”. Entendemos que la referencia a la unidad comercial del contrato es un elemento a considerar en cualquier concepto de contrato vinculado.

Finalmente, por lo que respecta a la calificación legal de “resolución” en vez de la utilización también del término desistimiento, entendemos que en nada altera su régimen. No existe un incumplimiento previo que justifique la resolución, sino que es consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento que, por tanto, se ejerce simultáneamente respecto de ambos contratos.

III.10. El derecho de rescisión del contrato.

Con independencia de la regulación del derecho de desistimiento contenido en la LCDSFC, ésta contiene un precepto según el cual “el consumidor podrá rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna” (art. 18.5). El origen del precepto es el apartado segundo del art. 11 de la DCDSFC, dedicado a las sanciones, que tras imponer a los Estados miembros la obligación de prever sanciones adecuadas para los proveedores que incumplan sus obligaciones, añade que “en particular, podrán disponer al respecto que el consumidor pueda rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna”.

El análisis del proceso de elaboración de la norma que hicimos en el capítulo I nos lleva a la conclusión de que no se incluía en el proyecto inicial y se introdujo mediante una enmienda que fue aprobada en el Congreso y para cuya eliminación se presentó otra enmienda en el Senado por el Grupo Parlamentario Socialista –que apoyaba al gobierno del momento- que finalmente no fue objeto de votación y permitió la inclusión en el texto definitivo. Sin entrar a valorar la evidente situación anómala generada en el trámite parlamentario, la cuestión que debe plantearse es si esta rescisión coincide con el derecho de desistimiento –que, recordemos, se denomina rescisión en la Directiva.

La ubicación del precepto en el art. 18 de la Ley, denominado “sanciones administrativas”, parece dar a entender que no estamos ante la misma figura sino ante otra distinta, que ninguna relación tiene tampoco con la rescisión establecida en el Código Civil.

En nuestra opinión, se trata de una situación anómala, producto de un error parlamentario y que ha sido objeto de crítica por la doctrina, que califica al precepto de

desafortunado y propugna la reforma legal para su eliminación⁷⁹⁸. Y ello porque el precepto podría posibilitar el ejercicio por parte del consumidor de la facultad de desvincularse, unilateralmente, del contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización, lo que sin duda podría generar claros abusos de derecho.

No estamos de acuerdo con ello. Entender que estamos ante una figura que atribuye un verdadero derecho al consumidor no nos parece admisible y estamos seguros de que si en algún momento se planteara su ejercicio efectivo, los Tribunales lo rechazarían porque todos los criterios interpretativos establecidos en el Código Civil nos llevan a la conclusión de que es una norma contraria a la Directiva, sin contenido efectivo y, en definitiva, fruto de un error en la tramitación parlamentaria⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016, pág. 272-275.

⁷⁹⁹ No parece probable que nadie vaya a intentar esta vía para extinguir un contrato incluido en el ámbito de aplicación de la norma. Pero, sin duda, en el caso de que se planteara, estaríamos ante un caso claro de responsabilidad del Estado como legislador, a quien se podrían reclamar los daños y costes de un eventual proceso judicial para impugnar la aplicación del mismo. Tema que, como es evidente, excede el objeto de este trabajo.

**CAPITULO IV. DESARROLLOS POSTERIORES DEL DERECHO DE
DESISTIMIENTO. EL FUTURO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO.**

IV.1. Introducción.

Se ha afirmado por la doctrina, que el derecho de desistimiento “*nace del deseo de, alterando las normas tradicionales referidas a la contratación tanto respecto a la eficacia de los contratos (arts. 1091, 1258 y 1278 del Cc), como a la prohibición de dejar su cumplimiento al arbitrio de una de las partes (art. 1256 Cc), otorgar al contratante, que tiene la consideración de consumidor, un período de reflexión que se extiende a un momento posterior al de celebración del contrato, que se ha podido realizar como consecuencia de una determinada publicidad o sin la valoración adecuada del contenido del contrato, confiriéndole en consecuencia la facultad, que ha de ejercitar en un breve plazo que determina la ley de la que nace, de dejar sin efecto la relación contractual por su propia voluntad*”⁸⁰⁰.

Como se ha indicado con anterioridad, este derecho nace en el Derecho europeo y se extiende a nuestro Derecho interno como consecuencia de la trasposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección al consumidor, entre las cuales se encuentra la DCDSFC, que regula el concreto derecho de desistimiento que es objeto de nuestro estudio.

La regulación de este derecho en la normativa de comercialización a distancia de servicios financieros mejora la regulación de aspectos no perfilados en las normas anteriores, así como su configuración. Pero el desarrollo de la figura no se ha detenido, sino que, al igual que la normativa protectora de los consumidores en general, se mantiene en permanente evolución. De este modo, se han producido nuevos desarrollos posteriores a la Directiva, de 2002, y la Ley estatal, de 2007, que sin duda contribuirán a que, quizá en el futuro, se establezca una regulación unitaria para este derecho, si bien con las modalidades que sean precisas en función de la materia concreta a que se refieran. Estamos seguros de que la mejor ubicación para la regulación del derecho de desistimiento es un texto codificado, por lo que analizaremos las propuestas de reforma que se han planteado en tal sentido.

Por otro lado, algunos de estos desarrollos posteriores son normativos y se han plasmado en nuevas Directivas comunitarias, algunas de ellas ya traspuestas al Derecho interno, como ocurre con la materia del crédito al consumo y la reforma de los contratos

⁸⁰⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro, *Foro Galego: revista xurídica*, nº 198, 2008, págs. 202-203.

a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. En el caso de los créditos hipotecarios, en cambio, nos encontramos con una Directiva ya aprobada y pendiente aún de trasposición al Derecho interno, aunque con un anteproyecto de ley aprobado y en tramitación.

Finalmente, existen supuestos, tanto a nivel comunitario como en el Derecho interno, de textos aún en fase de tramitación -como la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea⁸⁰¹- o de alcance meramente doctrinal que no van a constituir, al menos de momento, Derecho vigente – como el Marco Común de Referencia-, o que tuvieron en su momento una proyección de norma futura pero que en la actualidad se han abandonado y su virtualidad es tan sólo la de servir de guía a futuras normas –como la Propuesta de Modernización del Código Civil la Propuesta de Código Mercantil.

A todos estos textos les dedicaremos un breve análisis al objeto de concluir con unas observaciones sobre el futuro que puede tener el derecho de desistimiento en este marco.

IV.2. El derecho de desistimiento en los créditos al consumo.

El crédito al consumo tiene su origen a finales de los años 70 del pasado siglo, alcanzando su mayor expansión en los años 80 y 90 del siglo XX. Hasta entonces, la sociedad solía pagar al contado y sólo existía el crédito de los propios comerciantes a sus clientes para pagar a plazos. Fue el alto coste de determinados artículos de consumo, fundamentalmente los automóviles, que impedía esta práctica, lo que motivó la aparición de determinadas entidades financieras –algunas vinculadas a los propios comerciantes- para que se dedicaran a financiar estos productos. Como indica la doctrina, la compleja operatividad del crédito aplicado a los consumidores encierra riesgos graves para el contratante débil y motiva la intervención legislativa⁸⁰².

⁸⁰¹ Publicada por la Comisión Europea en fecha 11 de octubre de 2011, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

⁸⁰² PÉREZ CARRILLO, E.F., “Las disposiciones generales de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2151, Febrero de 2013, pág. 3. Para la autora, la complejidad proviene de la forma en que actúa el crédito al consumo. Así, “la falta de exigibilidad inicial de la contraprestación que conlleve el crédito favorece el consumo:

De ahí que la Comunidad Económica Europea contemplara desde muy pronto la necesidad de dictar normas armonizadas que protegieran a los consumidores en esta materia⁸⁰³, aprobándose la primera Directiva en la materia en 1987, en concreto la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados en materia de crédito al consumo⁸⁰⁴.

La Directiva ha sido objeto de críticas por la doctrina⁸⁰⁵, que tras alabar su perfil y esquema de definiciones correctos y una regulación y exclusiones de nivel mínimo que permitían un sistema más rígido por parte de los Estados, también señalaban sus aspectos negativos. Entre los aspectos considerados como negativos, se encuentran precisamente la inexistencia del necesario período de reflexión y la inadecuada regulación de la interdependencia contractual (de adquisición de bienes y de

constituye un motor del crecimiento económico y permite a los consumidores acceder a financiación para la obtención de bienes y servicios. Los activos que recibe el consumidor son la contrapartida de los pasivos que emite a favor del acreedor en la operación. Al incorporarse el elemento temporal a la relación contractual, el prestamista tiene derecho a percibir intereses (el precio del dinero al que se aplica el factor tiempo)”.

⁸⁰³ La Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores (publicada en *Diario Oficial* n° C 092, de 25/04/1975) ya incluía como una acción prioritaria la armonización de las condiciones generales relativas al crédito al consumo, incluyendo las referidas a la venta a plazos.

⁸⁰⁴ Como indica ACOSA SÁNCHEZ, M.R., “La nueva regulación del crédito al consumo en el ámbito europeo: la propuesta de Directiva de crédito a los consumidores, de 11 de septiembre de 2002”, *Diario La Ley*, núm. 6152, 22 de diciembre de 2004 (versión electrónica), “la escasa normativa estatal en esta materia unida a las diferencias de regulación entre los Estados en ese momento estaba ocasionando distorsiones de la competencia en el mercado común entre los prestamistas que aspiraban a intervenir en otros mercados además del nacional, ya que veían restringido su derecho a la libre circulación de bienes y servicios. En efecto, al tener que cumplir en cada Estado con su legislación especial en materia crediticia, los profesionales del crédito debían soportar los costes por el cumplimiento de una normativa distinta a la propia --lo cual repercutía posteriormente en el precio de sus servicios-- y esta situación les hacía estar en desventaja con los prestamistas nacionales que ofertaban en el mercado sus productos financieros a un menor coste para el consumidor. Se producía, por tanto, una quiebra de la competencia en el mercado común del crédito al consumo. Ante esta situación, la Comisión considera que la solución más idónea para que los prestamistas puedan acceder a cualquier mercado financiero europeo y ofrecer sus servicios al público en general --y de manera particular a los consumidores-- consiste en el establecimiento de un marco jurídico homogéneo aplicable a todas las operaciones de financiación de las adquisiciones de los consumidores en los diferentes Estados miembros. Dicha regulación unitaria del crédito al consumo beneficiaría tanto a los prestamistas --pues éstos tendrían un mercado más amplio en el que colocar sus productos financieros-- como a los consumidores, puesto que al intensificarse la competencia entre los acreditantes, los precios a pagar por los servicios financieros disminuirían, de tal manera que estos últimos resultarían favorecidos de manera indirecta por la creación del mercado europeo único del crédito al consumo”.

⁸⁰⁵ RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Cizur Menor, 1995, pág. 155.

financiación) en el supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del proveedor, situación agravada si éste transmite su derecho de crédito a través de documentos cambiarios y convierte al tenedor en tercero respecto de la relación causal.

A pesar de lo expuesto, el artículo 8 de la Directiva estableció el derecho del consumidor a “*liberarse de las obligaciones* que haya contraído en virtud de un contrato de crédito antes de la fecha fijada por el contrato”, estableciéndose que en tal caso el consumidor tendría “*derecho a una reducción equitativa del coste total del crédito*”.

La ley española de trasposición, Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo -actualmente derogada- recogió este *derecho de reembolso*, total o parcial, del crédito en su art. 10⁸⁰⁶, estableciendo que en tal caso el prestatario tendría que abonar una comisión por reembolso anticipado, imponiendo determinados límites, y aclarando la Directiva en el sentido de que nunca se podrían exigir al prestatario intereses no devengados por el préstamo. Como indica la doctrina⁸⁰⁷, se trataba de una facultad muy amplia para el consumidor, que venía a derogar el régimen previsto en el art. 1127 Cc y que ha llevado incluso a ser comparado con un derecho de desistimiento, aunque en realidad no lo era. De hecho, la ley española fue una de las más limitadas de los diversos Estados miembros por lo que atañe a la introducción de un verdadero derecho de desistimiento, pues hubo otros Estados - como Bélgica, Dinamarca, Alemania, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal y Reino Unido- que sí lo incluyeron.

Esta falta de decisión de la Directiva de 1987 sobre el establecimiento imperativo de un auténtico derecho de desistimiento fue superada con la implantación

⁸⁰⁶ El tenor literal del precepto era “*El consumidor podrá reembolsar anticipadamente, de forma total o parcial y en cualquier momento de vigencia del contrato, el préstamo concedido. En tal caso, el consumidor sólo podrá quedar obligado a pagar por razón del reembolso la compensación que para tal supuesto se hubiera pactado, que en ningún caso podrá exceder, cuando se trate de contratos con modificación del coste del crédito, del 1,5 por 100 del capital reembolsado anticipadamente, y del 3 por 100 del capital reembolsado anticipadamente, en el caso en que no se contemple en el contrato modificación del coste del crédito, sin que en ningún caso puedan exigírsele intereses no devengados por el préstamo*”.

⁸⁰⁷ MUÑOZ GARCIA, A., “Crédito al consumo”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, pág. 817. Añade que “*en el supuesto en el que ejercite este derecho, irrenunciable, el consumidor podrá reembolsar la cantidad que estime conveniente, sin que haya de abonar interés no devengado alguno. Por el contrario, estará obligado al pago de la cantidad establecida contractualmente, que en concepto de compensación por reembolso anticipado se haya pactado, y que tratará de resarcir al financiador por el anticipo, contra lo inicialmente pactado, que se haya llevado a cabo, causándole el perjuicio derivado de la ausencia de lucro, ante la inoperancia de los intereses establecidos como contraprestación por la financiación realizada*”.

del mismo en la nueva Directiva que vino a sustituirla, la 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo⁸⁰⁸.

En efecto, tras la presentación de un informe en 1995 de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva y otro posterior en 1997 sobre las reacciones al Informe de 1995, se constató la existencia de grandes divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito del crédito a las personas físicas en general y del crédito al consumo en particular.

Se concluyó además que la Directiva 87/102/CEE ya no constituía una respuesta adecuada a la realidad del mercado del crédito al consumidor, y por tanto era necesario modificarla, presentándose una propuesta de Directiva por la Comisión a finales de 2002⁸⁰⁹ en cuya Exposición de Motivos se recogen estos extremos.

Se pretendía también anticiparse a la intención, ya comunicada por varios Estados miembros, de revisar su legislación nacional en la materia, pues, como indicaba la Comisión, el crédito se había convertido ya en ese momento en el lubricante de la vida económica, a través de múltiples instrumentos financieros⁸¹⁰. Sin embargo, se reconocía por la Comisión que el crédito constituye un riesgo para los prestamistas y una amenaza de coste adicional e insolvencia para un número creciente de consumidores, concluyendo en la necesaria revisión del marco jurídico vigente para que los consumidores y las empresas pudieran beneficiarse plenamente del mercado interior.

La nueva Directiva, de 2008, tomó como modelo el derecho configurado en la DCDSFC, como se refleja en el Considerando 34 de su Preámbulo⁸¹¹, que hace

⁸⁰⁸ DOCE núm. L 133/66, de 22 de mayo de 2008.

⁸⁰⁹ *Diario Oficial núm. 331 E, de 31 de diciembre de 2002.*

⁸¹⁰ Se añade en la Propuesta de Directiva que la noción de «crédito al consumo» ha evolucionado de manera espectacular desde la elaboración de la legislación actual. En los años 60 y 70 vivíamos en una «cash society», o «sociedad de pago al contado», en la que el crédito desempeñaba un papel marginal y consistía básicamente en contratos de venta a plazos o de arrendamiento financiero que permitían financiar la compra de bienes mobiliarios y en préstamos clásicos en forma de préstamo personal. En cambio, al momento de formularse la Propuesta de Directiva, los consumidores tenían acceso al crédito en general, pues entre el 50 y el 65 % de los consumidores disponían de un crédito al consumo para financiar, por ejemplo, la compra de un automóvil o de otros bienes o servicios, y el 30 % disponía de una posibilidad de descubierto en su cuenta corriente.

⁸¹¹ “(34) Para aproximar las modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento en ámbitos similares, debe establecerse un derecho de desistimiento sin penalización ni obligación de justificación, en

referencia a las condiciones similares de ambos derechos de desistimiento. Las diferencias con la Directiva de 1987 son evidentes y se reflejan incluso en su denominación, pues si en aquel momento se trataba de “aproximar” las legislaciones de los Estados, en 2008 ya se trata de regular directamente los contratos de crédito al consumo, con la pretensión de una armonización total, considerada “*necesaria para garantizar que todos los consumidores de la Comunidad se beneficien de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior*”⁸¹².

Consecuentemente con ello, el consumidor tiene derecho no sólo al reembolso anticipado del préstamo si lo tiene por conveniente (a “*liquidar sus obligaciones antes de la fecha convenida en el contrato de crédito*”, según el Considerando 39 del Preámbulo) sino también a un auténtico derecho de desistimiento similar al establecido para la comercialización a distancia de servicios financieros. También son objeto de regulación los contratos vinculados, en los que existe una relación de interdependencia entre la adquisición de bienes o servicios y el contrato de crédito celebrado a tal efecto, indicándose en el Considerando 37 del Preámbulo que el consumidor que ejerza su derecho de desistimiento respecto de un contrato de compra, basándose en el Derecho comunitario, debe dejar de estar obligado por el contrato de crédito vinculado.

Por lo que respecta a la regulación concreta del derecho de desistimiento, se contiene en el art. 14, estableciéndose un plazo de catorce días civiles –término más adecuado que *laborables*- para desistir del contrato sin indicar el motivo. El plazo se iniciará en la fecha de suscripción del contrato de crédito, o bien en la fecha en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información recogida en la Directiva⁸¹³, si esa fecha fuera posterior.

condiciones similares a las de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”.

⁸¹² Considerando 9 del Preámbulo de la Directiva de 2008.

⁸¹³ Se remite en concreto al art. 10 de la Directiva, que recoge la información contractual y que debe especificar, de forma clara y concisa, datos como el tipo de crédito; la identidad y la dirección geográfica de las partes contratantes, así como, si procede, la identidad y la dirección geográfica del intermediario de crédito; la duración del contrato de crédito; el importe total del crédito y las condiciones de disposición del crédito; el tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo y, si se dispone de ellos, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor y, si se aplican diferentes tipos deudores en diferentes circunstancias, la información arriba mencionada respecto de todos los tipos aplicables; la tasa anual

El desistimiento se ejercitará notificándose al prestamista antes de que expire el plazo previsto, ateniéndose a la información facilitada por este último en el contrato, por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional, entendiéndose que se ha efectuado dentro de plazo si la notificación se ha enviado antes de su expiración, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él.

En cuanto a los efectos del desistimiento, el consumidor vendrá obligado al pago del capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, que debe hacerse, a más tardar, a los treinta días de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista. Los intereses adeudados se calcularán sobre la base del tipo deudor acordado y el prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación, excepto la correspondiente a los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la administración pública.

También se detiene la Directiva en regular el supuesto de los contratos vinculados al contrato de crédito, que ahora se denominan “*servicios accesorios*”, de tal modo que se extiende a los relacionados con el contrato principal que hayan sido

equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, calculados en el momento de la suscripción del contrato de crédito; el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor; cuando proceda, los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas que registren a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, salvo que la apertura de la cuenta sea opcional, los gastos relativos a la utilización de un medio de pago que permita efectuar tanto operaciones de pago como de disposición del crédito, así como los demás gastos derivados del contrato de crédito y las condiciones en que dichos costes pueden modificarse; el tipo de interés de demora aplicable en el momento de la celebración del contrato de crédito y los procedimientos para su ajuste y, cuando proceda, los gastos por impago; una advertencia sobre las consecuencias en caso de impago; cuando proceda, una declaración que establezca el abono de gastos de notaría; las garantías y los seguros exigidos, en su caso; la existencia o ausencia de derecho de desistimiento y el plazo y demás condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa a la obligación del consumidor de pagar el capital utilizado y los intereses, y el importe del interés diario; información sobre los derechos derivados del artículo 15, así como las condiciones para el ejercicio de dichos derechos; el derecho de reembolso anticipado, el procedimiento aplicable así como, en su caso, información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación; el procedimiento que deberá seguirse para ejercer el derecho de poner fin al contrato de crédito; la existencia o no de procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso para el consumidor, y, en caso de que existan, la forma en que el consumidor puede acceder a ellos; las demás condiciones del contrato, cuando proceda; en su caso, nombre y dirección de la autoridad de supervisión competente. Incluso en caso de créditos concedidos en forma de posibilidad de descubierto deberán especificarse, de forma clara y concisa, determinados datos entre los que se incluye el procedimiento que deberá seguirse para ejercer el derecho de desistimiento del contrato de crédito.

contratados con la misma entidad financiera o con un tercero sobre la base de un acuerdo entre éste y el prestamista. Respecto de estos servicios, el consumidor que ejercite el desistimiento del contrato de crédito dejará de estar vinculado por dicho servicio accesorio.

Como puede apreciarse, existen diferencias significativas respecto de la regulación del desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros, siendo la más relevante, a nuestro juicio, que la información a facilitar por el empresario para que se inicie el plazo de desistimiento no es ya la información precontractual, sino la contractual, lo que significa un evidente retroceso en la protección del consumidor.

En nuestra opinión, se produce en este momento un cambio relevante pues la Directiva opta por dejar de proteger el derecho de información precontractual a través del retraso del inicio del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento. Como analizaremos a continuación, esta tendencia se acentúa con la Directiva de 2011, sobre protección de derechos de los consumidores, en la que ya se abandona definitivamente esta relación entre derecho de desistimiento y derecho a la información precontractual, al establecerse un límite temporal de un año desde la contratación pasado el cual el derecho de desistimiento se extingue aunque no se haya recibido la información por el consumidor, lo que evidencia en la práctica la eliminación de ese incentivo al suministro de información que implicaba el derecho de desistimiento.

En la Directiva de 2008 aún no es tan extremo, pero evidencia ya que la protección del derecho de información se busca por otras vías. En efecto, una de ellas consiste en la posibilidad contenida en la Directiva de que los Estados establezcan la necesidad de una oferta vinculante previa a la contratación⁸¹⁴, lo que supondría la obligación de entregar al consumidor la información precontractual con una determinada antelación al momento de suscribir el contrato y por tanto asumir obligaciones por parte del prestatario. Así lo prevé la norma estatal de trasposición de la

⁸¹⁴ Según el Considerando 25 del Preámbulo de la Directiva, “los Estados miembros podrán establecer la obligación del prestamista de facilitar al consumidor antes de la celebración del contrato de crédito una oferta vinculante y el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por ella”.

Directiva, la Ley 16/2001, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo⁸¹⁵ (en adelante, LCCC), que regula la oferta vinculante en su art. 8.

De conformidad con el mismo, el prestamista deberá entregar al consumidor un documento “*con todas las condiciones del crédito en términos idénticos a lo establecido en el art. 10 para la información previa al contrato*”, que actúa como oferta vinculante y con una plazo de duración mínimo de catorce días naturales desde su entrega. Sin embargo, aunque el párrafo segundo de este precepto indica que si la oferta se hace al mismo tiempo que se comunica la información pre-contractual deberá facilitarse en un documento separado que podrá adjuntarse a la información normalizada europea sobre crédito al consumo, entendemos que es insuficiente, especialmente porque no se establece control alguno sobre el cumplimiento de este requisito.

En efecto, a pesar del evidente paralelismo entre crédito al consumo y crédito hipotecario en lo que a efectos de reclamación judicial suponen⁸¹⁶, existe una diferencia entre ambos en cuanto al tratamiento de la oferta vinculante. Así, la Orden EHA/2899/2001, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁸¹⁷, -al igual que la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁸¹⁸, a la que derogó- establece la obligación del notario que otorgue la escritura pública de préstamo de comprobar la existencia de la oferta vinculante así como que no existen diferencias entre las condiciones allí indicadas y las finalmente incluidas en el contrato. Este control notarial, en cambio, no está previsto para las pólizas que documenten créditos al consumo.

⁸¹⁵ BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011.

⁸¹⁶ En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil considera títulos ejecutivos –es decir, aquellos que permiten acudir a un proceso de ejecución directamente sobre los bienes del deudor sin necesidad de una sentencia que previamente declare sus obligaciones- tanto a las escrituras públicas que documentan un préstamo hipotecario (arts. 517.2.4º y 682.2), como a las pólizas mercantiles firmadas por las partes e intervenidas por fedatario público (ar7. 517.2.5º), que suelen ser el instrumento utilizado por las entidades financieras para la formalización de un crédito al consumo.

⁸¹⁷ BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

⁸¹⁸ BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994.

Por tanto, puede concluirse que la obligación de emitir una oferta vinculante en los créditos al consumo no es suficiente garantía de que la información precontractual se ha facilitado al consumidor previamente a que asuma sus obligaciones.

El otro instrumento que la Directiva utiliza para, de algún modo, garantizar el cumplimiento de la obligación de información del prestamista es la creación de un modelo normalizado para la entrega de la documentación, aplicable en toda la Unión Europea. En efecto, el último párrafo del art. 6.1 de la Directiva indica que la información precontractual podrá facilitarse “*mediante la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo que figura en el anexo III*”.

A pesar de la buena voluntad de la Directiva al facilitar el modelo a cumplimentar por el prestamista y del incentivo que supone para su utilización el hecho de considerarse cumplido los requisitos de información establecidos en la norma en caso de su uso, seguimos manteniendo que resulta un instrumento insuficiente, pues no existe control externo alguno que asegure que el consumidor ha recibido la información establecida. En cambio, si la Directiva hubiese seguido el modelo establecido en la DCDSFC y el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento se iniciara cuando el consumidor recibiera la información precontractual, el riesgo que para el prestamista supone el ejercicio del desistimiento habría significado un mejor incentivo al cumplimiento de esta obligación informativa y una mayor garantía de su cumplimiento.

Esta previsión resulta especialmente grave puesto que la Directiva de 2008 se impone en cuanto a su aplicación respecto a la Directiva de 2002. En efecto, el apartado 5 del art. 14, establece que si el consumidor tiene derecho de desistimiento conforme a su propia regulación, no se aplicarán los artículos 6 y 7 de la Directiva 2002/65/CE, lo que implica, ni más ni menos, que la regulación contenida en la DCDSFC ha dejado de ser aplicable a los contratos de crédito al consumo, y ello con independencia de que se contraten de manera presencial o a distancia. Consecuentemente, la regulación más protectora contenida en la Directiva objeto de nuestro estudio ha sido, en la práctica, derogada respecto de un amplio abanico de supuestos que antes de la Directiva de 2008 entraban bajo su ámbito de aplicación.

Por lo que respecta a la ley nacional de trasposición, recoge igualmente este principio de preeminencia, al establecerse en el apartado 4 del art. 28 que si el consumidor tiene derecho de desistimiento conforme a esta Ley, no se aplicarán los arts. 10 y 11 de la LCDSFC. En nuestra opinión, a pesar de la aparente claridad de la norma, suscita importantes dudas en cuanto a los supuestos a los que resulta de aplicación⁸¹⁹.

En cuanto al resto de la regulación contenida en la LCCC sobre el derecho de desistimiento, se sigue la línea de la Directiva y en consecuencia, el art. 28 determina un plazo de catorce días naturales para su ejercicio a contar desde la suscripción del contrato de crédito o, si fuera posterior, la fecha de recepción por el consumidor de la información contractual a que se refiere el art. 16.

Entre los extremos incluidos en la información precontractual se incluye la relativa a la existencia o ausencia del derecho de desistimiento (art. 10.3.o de la Ley). También debe recogerse en la oferta vinculante, que debe recoger todas las condiciones del crédito en términos idénticos a lo establecido en el art. 10 para la información previa al contrato. Finalmente, en el propio contrato de crédito al consumo debe recogerse también la información sobre el derecho de desistimiento, así como el plazo y demás condiciones para su ejercicio (art. 16.2.p LCCC). Igualmente, debe incluirse la información sobre la obligación del consumidor que lo ejercite de pagar el capital dispuesto y los intereses, así como el importe del interés diario.

Es de destacar cómo existen esos dos niveles distintos de información: en la información precontractual sólo ha de informarse sobre la existencia del derecho, mientras que en la información contractual se añade la información sobre el plazo, el

⁸¹⁹ No es éste el lugar más indicado para profundizar en la cuestión, pero no podemos dejar de indicar que hay una clara contradicción en la voluntad de la norma excluyente de la aplicación de la LCDSFC y el ámbito de aplicación ambas normas. Para que la exclusión de aplicación de la LCDSFC tenga eficacia, es preciso, antes, que la LCCC resulte aplicable, por lo que será preciso delimitar su ámbito de aplicación, así como el correspondiente a la LCDSFC. Esta delimitación será llevada a cabo en los próximos años por la jurisprudencia y objeto de análisis por la doctrina. En cualquier caso, nos resulta muy llamativo que en el modelo de información normalizada europea sobre crédito al consumo contenida en el Anexo II de la ley, se distinga entre los generales –que sólo recibirán la información sobre el derecho de desistimiento contenida en el apartado 4, es decir, si tiene o no derecho a desistir del contrato- y los comercializados a distancia –que recibirán además, la contenida en el apartado 5, mucho más amplia y que trata de recoger la obligación establecida en la LCDSFC. Parece que a pesar de la contundencia de la norma que establece el carácter preferente de la LCCC sobre la LCDSFC, sí quiere de algún modo recoger en aquella las especialidades de ésta, lo que evidencia una mala técnica legislativa, pues bastaba con no establecer la aplicación preferente de la LCCC sobre los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCDSFC.

modo de ejercicio y las consecuencias de la utilización de este derecho, aunque con los matices indicados para el supuesto de contratación a distancia del crédito al consumo.

Las normas establecidas sobre las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento resultan claras –y por tanto, favorables para el consumidor. Este ha de reembolsar el préstamo recibido en un plazo máximo de treinta días naturales desde el ejercicio del desistimiento, así como los intereses devengados desde su recepción hasta el momento del reembolso al tipo acordado en el contrato⁸²⁰, sin que el prestamista pueda exigir ninguna otra compensación más que los gastos no reembolsables abonados a la Administración pública⁸²¹.

Para concluir, podemos indicar que la regulación contenida en la Directiva 2008/48/CE y la LCCC que la traspone al ordenamiento estatal, resulta menos favorable para el consumidor que la contenida en la DCDSFC y la LCDSFC. Además, la pretensión de la normativa sobre crédito al consumo de aplicación a todos los créditos de esta categoría con independencia de que se contraten de manera presencial o a distancia –y aunque pueda resultar discutible- supone un retroceso en la protección al consumidor en cuanto a su derecho de desistimiento, además de contradecir los objetivos de la normativa sobre contratación a distancia de servicios financieros de incentivar la contratación por este medio y la consecuencia un verdadero mercado interior en la materia, por lo que debe valorarse negativamente.

⁸²⁰ A tal efecto, el contrato debe contener el importe del interés diario, según el art. 16.2.p de la Ley, pero ¿qué ocurriría si no se incluyera tal información en el contrato? En nuestra opinión, el consumidor cumpliría su obligación devolviendo tan sólo el importe del préstamo recibido, sin interés de ningún tipo.

⁸²¹ Esta regulación parece favorable al consumidor, pues su obligación de pago se limita a los gastos abonados a la Administración Pública, excluyéndose por tanto los gastos de formalización (gastos de la intervención notarial, por ejemplo) así como las comisiones que se hubiesen devengado por la concesión del crédito. Sin embargo, no se incluye una norma similar a la contenida en la LCDSFC sobre la proporcionalidad entre las cantidades a pagar y la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato, lo que sin duda le perjudica. Con esta redacción y ante esta ausencia, sería perfectamente posible un contrato en que se pactara un tipo de interés inicial muy alto que fuera disminuyendo progresivamente a medida que transcurriera el tiempo, lo que desincentivaría el ejercicio del desistimiento de manera contraria a su definición legal.

IV.3. El desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.

La aprobación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, ha supuesto una modificación del régimen de los contratos a distancia y de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, al haberse derogado las Directivas que regulaban estos contratos, así como ha configurado un régimen jurídico de tutela al consumidor en cuanto que parte de cualquier contrato celebrado entre un empresario y un consumidor⁸²², dotándolo de una regulación concreta en su capítulo II.

El origen de la Directiva sobre derechos de los consumidores se remonta al año 2001, cuando la Comisión Europea inició un proceso de consulta pública acerca de los problemas derivados de las diferencias entre el Derecho contractual entre los Estados miembros⁸²³. En efecto, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento, sobre derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001⁸²⁴, en la que indica que desea recopilar información sobre la necesidad de una acción comunitaria de mayor alcance en el ámbito del Derecho contractual, en la medida en que el planteamiento individualizado podría no resolver todos los problemas que pudieran surgir. La Comisión plantea cuatro opciones en relación a la política que debería seguir respecto

⁸²² DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., “Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, y su trasposición al Derecho español”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 26, enero-junio 2014, pág. 264. Como indica la autora, la Directiva “es, en este sentido, la primera Directiva de carácter horizontal, en cuanto que se aplica a todo contrato celebrado entre un empresario y un consumidor”.

⁸²³ Debe tenerse en cuenta que, como indica ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2003, pág. 100, el estado en que se encontraba en aquel momento el derecho contractual en los distintos Estados de la Unión era que “se trata de manera diferente situaciones idénticas sin que ello esté justificado, ofreciendo diferentes Directivas consecuencias distintas a una misma situación comercial, sin que resulte justificada tal diferencia de tratamiento. Por ejemplo, en determinadas circunstancias es posible aplicar simultáneamente la Directiva de venta a domicilio y la Directiva sobre la adquisición de inmuebles en régimen de tiempo compartido; ambas garantizan al consumidor el derecho de rescisión (*rectius*, resolución) si bien es diferente el plazo previsto para ejercitar tal derecho y, pese a la antinomia, ambas Directivas pueden ser aplicadas al mismo tiempo, como declaró el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”. Se refiere el autor a la sentencia de 22 de abril de 1999, asunto C-423/97 (asunto “TRAVEL-VAC”).

⁸²⁴ COM (2001), 398 final, en DOCE núm. C 255, de 13 de septiembre de 2001.

de la armonización⁸²⁵, que podrían no tener carácter excluyente, recibiendo gran cantidad de respuestas por todo tipo de organismos e instituciones, tanto públicas como privadas.

La respuesta del Parlamento a esta Comunicación fue la Resolución de 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros⁸²⁶, en la que se solicita a la Comisión que elabore un Plan de Acción en el proceso de armonización. Como se ha destacado por la doctrina⁸²⁷, ambas instituciones comunitarias han formado una perfecta pareja de baile en todo el proceso de armonización.

Como consecuencia de las respuestas recibidas a la mencionada consulta, la Comisión publicó en el 2003, un Plan de Acción en el que opta por la tercera de las opciones indicadas, es decir, la mejora de la calidad de la legislación ya en vigor. Al efecto, propone la creación de un Marco Común de Referencia (MCR) para el Derecho Contractual⁸²⁸ y la revisión del acervo en materia de Derecho contractual de consumidores.

En el año 2004, la Comisión inició la revisión del acervo en materia de consumo, teniendo como objetivo simplificar y completar el marco normativo existente, mediante la instauración de un mercado interior para empresas y consumidores. El

⁸²⁵ Las cuatro opciones eran: la no actuación de la Comunidad Europea; el fomento de la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales; la mejora de la calidad de la legislación ya en vigor; y, finalmente, la adopción de una nueva legislación exhaustiva de ámbito comunitario.

⁸²⁶ (COM (2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187(COS), DOCE C 140 E, de 13 de junio de 2002.

⁸²⁷ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., “El proceso de modernización del Derecho contractual europeo”, Madrid, 2014, pág. 60, quien añade que “*los papeles que cada uno adopta están claramente definidos: el Parlamento, es el ideólogo, establece el camino a seguir, y la Comisión los va ejecutando. En definitiva, el Parlamento es el alma del proceso, y la Comisión, el cuerpo que lo ejecuta*”.

⁸²⁸ El Marco Común de Referencia establecería unos principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo, teniendo como líneas maestras la regulación del Derecho contractual, incidiendo sobre todo en los tipos de contratos transfronterizos (como el contrato de compraventa o el contrato de servicios), y abarcando normas generales en materia de conclusión, validez e interpretación de los contratos, así como su ejecución y cumplimiento o las vías de recurso. Como fuente principal, se acudiría a los ordenamientos jurídicos nacionales para encontrar denominadores comunes, elaborar principios comunes e identificar las mejores soluciones. En tal sentido, ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2003, pág. 105.

objeto de revisión lo constituyan en ese momento ocho Directivas, pues se excluía la revisión de las correspondientes a sectores específicos.

En febrero de 2007, la Comisión presentó el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, dando lugar a la fase de diagnóstico de la revisión y en octubre de 2008 se presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores⁸²⁹. El objetivo que se pretendía alcanzar con esta nueva directiva era bastante ambicioso, ya que preveía la sustitución de las cuatro Directivas⁸³⁰ que formaron el grueso de la revisión de la Propuesta

Tras la oportuna tramitación, el 11 de noviembre de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el texto final de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Por su parte, la Directiva ha sido objeto de trasposición al derecho estatal a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre⁸³¹.

El principal rasgo de la Directiva es la pretensión de armonización de máximos en los aspectos esenciales que afectan a los contratos con los consumidores. Se pretende fomentar la confianza de los consumidores en el mercado único y eliminar el aumento de costes para los comerciantes que quieran realizar ventas transfronterizas de bienes de

⁸²⁹ Documento COM (2008) 614 final 2008/0196 (COD), de 8 de octubre de 2008.

⁸³⁰ Es decir, las Directivas 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; y 85/577/CEE del Consejo, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

⁸³¹ BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014. Para la doctrina, la ley introduce una adecuada dosis de racionalidad, con una regulación prácticamente uniforme del derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento comercial. DIAZ ALABART, S. (Dir.) y ALVAREZ MORENO, M.T. (Coord.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Madrid, 2014, pág. 246.

consumo. También se pretende eliminar las disparidades legislativas existentes entre los Estados Miembros en materia de cláusulas contractuales abusivas⁸³², así como las normas mínimas de armonización de la legislación, que permiten a los Estados miembros mantener o introducir medidas más estrictas que garanticen un mayor nivel de protección de los consumidores en sus territorios.

Si bien se opta claramente por la armonización plena, lo que se pone de manifiesto claramente en su artículo 4 al establecer con rotundidad que los Estados no mantendrán ni introducirán en sus legislaciones nacionales disposiciones contrarias a la Directiva, sean más o menos estrictas, para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores⁸³³, en realidad no es tan contundente, tal y como se ha encargado de destacar la doctrina⁸³⁴. En efecto, el art. 4 se cierra con la llamada cláusula de “*opting out*”⁸³⁵, al añadir que la armonización plena lo será “*salvo disposición en contrario de la presente Directiva*”.

Con esta armonización plena se pretende potenciar el mercado transfronterizo, asegurando para ello un nivel elevado y homogéneo de protección que fundamentalmente se conseguirá con la idea de una unificación de los deberes de

⁸³² Sin embargo, en el texto definitivo de la Directiva se cambió radicalmente este aspecto, en cuanto quedaron fuera de la armonización la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁸³³ En el mismo sentido se manifiestan los arts. 7.5 y 8.10, que impiden a los Estados establecer ningún requisito ni formal ni de contenido adicional a la información precontractual o a la confirmación de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil o a distancia para garantizar mayor nivel de protección a los consumidores.

⁸³⁴ DIAZ ALABART, S. (Dir.) y ALVAREZ MORENO, M.T. (Coord.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Madrid, 2014, pág. 114 así lo entiende desde el momento en que permite a los Estados miembros imponer requisitos de información adicionales aplicables a los prestadores de servicios establecidos en su territorio (considerando duodécimo, art. 4) y desde el momento en el que en caso de conflicto entre el contenido de la directiva y el de otras normas comunitarias específicas concede prioridad a estas últimas (art. 3.2) concebidas como directivas de mínimos, y por tanto, con menos potencial unificador. Además, con base en el art. 3.5 de la directiva, el comerciante puede mejorar esa protección, ya que la norma no afectará a las disposiciones generales del derecho contractual nacional, como por ejemplo a las normas sobre validez, formalización o efectos de los contratos.

⁸³⁵ DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., “Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, y su trasposición al Derecho español”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 26, enero-junio 2014, pág. 265.

información que se le tiene que facilitar al consumidor antes de que proceda a contratar los bienes o servicios. Como recoge el considerando 5 del Preámbulo de la Directiva, *“la plena armonización de determinada información facilitada al consumidor y del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento, contribuirá a un elevado nivel de protección de los consumidores y a un mejor funcionamiento del mercado interior entre empresas y consumidores”*.

Por lo que respecta en concreto al derecho de desistimiento, la Directiva lo fundamenta en la imposibilidad de conocer los bienes comprados en los contratos a distancia y en la presión psicológica o elemento sorpresa que se produce en la contratación fuera de establecimiento.

Uno de los principales objetivos que persigue la norma es acabar con las diferencias existentes al momento de su aprobación en los plazos de desistimiento, tanto por lo que respecta a los diversos Estados miembros como al distinto régimen para los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, lo que genera inseguridad y costes de cumplimiento⁸³⁶.

Por eso, el art. 9 de la Directiva se refiere al derecho de desistimiento para ambas modalidades de contrato, a distancia o celebrado fuera del establecimiento, y se establece su duración en catorce días, plazo que no puede ser modificado por los Estados. No obstante, el apartado 6 del art. 3 permite que los comerciantes ofrezcan a los consumidores condiciones contractuales que garanticen mayor protección que la otorgada por la Directiva. De ahí que el art. 71.1 del TRLCU, en su nueva redacción dada por la Ley de trasposición, se refiera a un plazo mínimo de catorce días naturales⁸³⁷.

⁸³⁶ Debe tenerse en cuenta que la Directiva 85/577/CEE sobre contratos celebrados fuera de establecimiento comercial fijaba el plazo de siete días, que debían entenderse naturales, mientras que la Directiva 97/7/CE, relativa a contratos a distancia fijaba el plazo de siete días hábiles. Además, la Directiva 94/47/CE sobre inmuebles en régimen de uso compartido fijaba un plazo de diez días naturales. Por otro lado, las dos primeras se referían a un plazo *mínimo*, por lo que existían diversidades de plazo en distintos Estados de la Unión.

⁸³⁷ Concluye esta nueva redacción con la diversidad de plazos existente hasta ese momento en el TRLCU. En efecto, el art. 71 establecía un plazo general de siete días hábiles, si bien se fijaban normas especiales para los contratos a distancia y para los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. Así, el art. 101, referente a los primeros, se remitía en bloque a la norma general, mientras que el art. 110, relativo a los segundos, si bien también se remitía a la norma general, incluía un párrafo segundo según el cual *“no obstante lo previsto en el párrafo precedente, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento será de siete días naturales”*. Consecuentemente con la existencia de un plazo fijado en días

También es objeto de unificación el momento a partir del cual debe empezar el cómputo del plazo, que será la celebración del contrato de servicios o, en caso de contratos de venta, el día en que el consumidor o un tercero indicado por él haya adquirido la posesión material del bien⁸³⁸, fijándose no obstante reglas especiales⁸³⁹.

Pero quizá el aspecto más relevante de la nueva regulación del derecho de desistimiento consiste en la introducción de una norma específica para aquellos supuestos en que el consumidor no ha recibido la preceptiva información sobre la existencia del derecho de desistimiento. También en esta materia, la regulación de los contratos a distancia y de los celebrados fuera de establecimiento era distinta.

Así, la Directiva 85/577/CEE no establecía prevención alguna al respecto, por lo que el plazo no comenzaba a transcurrir en tanto no se facilitara la información, como ha tenido ocasión de indicar el Tribunal de Justicia, aunque con el límite de la ejecución total de las prestaciones por las partes⁸⁴⁰. En cambio, la Directiva 97/7/CE contenía la

hábiles, era necesaria una norma relativa a qué calendario utilizar para su determinación, indicándose que sería el correspondiente a la ley del lugar donde se ha entregado el bien objeto del contrato o donde hubiera de prestarse el servicio. Norma que planteaba nuevas dudas, especialmente en lo que a prestación de servicios a distancia se refiere.

⁸³⁸ El artículo 2 de la Directiva contiene las definiciones de contrato de venta y contrato de servicios. Se entiende por contrato de venta todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios. Por otro lado, se entiende por contrato de servicios todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio.

⁸³⁹ Las reglas especiales se establecen exclusivamente para los contratos de venta y se refieren a los supuestos de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido y entregados por separado —en cuyo caso, el plazo comenzará el día de la adquisición de la posesión material del último de los bienes—; la entrega de un bien compuesto de múltiples componentes o piezas —en este caso, será el momento de la adquisición de la posesión material del último componente o pieza—; y finalmente, la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado —en este caso, será cuando se adquiera la posesión material del primero de esos bienes. Lamentablemente, no se establecen normas especiales para servicios que también se pueden contratar de una sola vez y recibir prestaciones dilatadas en el tiempo.

⁸⁴⁰ La posibilidad de ejercicio del derecho de desistimiento con posterioridad a la ejecución total de las prestaciones por las partes del contrato, fue objeto de controversia en la sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 10 de abril de 2008, dictada en el asunto C-412/06 (asunto Hamilton). El supuesto de hecho consistía en la firma de un crédito en el domicilio del consumidor con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria. Tras unos años pagando el préstamo, su refinanciación y su total devolución, la consumidora revocó el contrato de crédito sobre la base de la Sentencia “*Heininger*” y solicitó la restitución de los intereses del préstamo e incluso el importe de su principal. Se planteó la cuestión prejudicial pues existía una norma interna que impedía la revocación del contrato cuando se hubieran ejecutado íntegramente las prestaciones del mismo. El Tribunal concluye en su sentencia que “*la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, debe interpretarse en el sentido de que el legislador nacional está*

norma, limitativa del plazo, por la que cuando el proveedor no hubiese cumplido las obligaciones de información, el plazo de desistimiento quedaba fijado en tres meses.

La inseguridad jurídica que provocaba la inexistencia de una fecha final para el ejercicio del desistimiento⁸⁴¹ –aunque era negada por el Tribunal de Justicia⁸⁴²– ha llevado a que la Directiva, bajo la apariencia de una ampliación del plazo⁸⁴³, establezca lo que en realidad es una clara limitación de los derechos del consumidor.

De este modo, el artículo 10 de la Directiva, denominado “*omisión de información sobre el derecho de desistimiento*”, establece que en caso de que no se facilite la información sobre el derecho, el período de desistimiento expirará doce meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial de catorce días, añadiendo que si durante ese período de doce meses se facilitara la información, la

facultado para establecer que el derecho de revocación contemplado en el artículo 5, apartado 1, de esta Directiva puede ser ejercitado como máximo durante un mes después de la ejecución completa por las partes contratantes de las obligaciones que se derivan de un contrato de crédito de larga duración, cuando el consumidor ha recibido información errónea sobre el ejercicio de ese derecho”.

⁸⁴¹ TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, mayo-agosto 2012, pág. 567 considera que existía “*consenso en cuanto a la necesidad de un plazo límite al ejercicio del derecho de desistimiento*”.

⁸⁴² La sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2001, dictada en el asunto C-481/99 (sentencia “*Heininger*”) aborda el tema de la seguridad jurídica. El debate se refería a si una norma nacional podía imponer un límite de un año al ejercicio del derecho de revocación en los casos en que el comerciante no había facilitado la información al consumidor. Entre las alegaciones del comerciante –un banco que había concedido un préstamo fuera de establecimiento mercantil– se incluye la relativa a que la inexistencia de un límite en el plazo para ejercitar el derecho afecta a la seguridad jurídica. El Tribunal rechaza la alegación porque “*tales motivos no pueden prevalecer puesto que implican una limitación de los derechos que la Directiva sobre venta a domicilio concede expresamente al consumidor para protegerlo contra los riesgos derivados del hecho de que las entidades de crédito opten por celebrar contratos de crédito con garantía real fuera de sus establecimientos comerciales. En efecto, si estas entidades eligen tales métodos para comercializar sus servicios, pueden salvaguardar sin dificultad tanto los intereses de los consumidores como sus propias exigencias de seguridad jurídica mediante el cumplimiento de su obligación de informar a éstos*”. El argumento del Tribunal, impecable –la falta de seguridad jurídica la provoca quien la alega al incumplir su obligación de información–, es ahora rechazado expresamente por la nueva Directiva.

⁸⁴³ Así se indica en el considerando 43 del Preámbulo, según el cual si el comerciante no ha informado adecuadamente al consumidor antes de la celebración del contrato, “*debe ampliarse el plazo de desistimiento. Sin embargo, para garantizar la seguridad jurídica en lo que respecta a la duración del período de desistimiento, conviene introducir un plazo de prescripción de doce meses*”.

expiración del plazo será a los catorce días de la recepción de la información por el consumidor⁸⁴⁴.

La norma está claramente dirigida contra la doctrina del Tribunal, que basaba su sentencia en el principio de que “*el consumidor no puede ejercer un derecho de revocación si desconoce su existencia*”, argumento lógico que, indudablemente, sigue siendo realidad. Precisamente, el plazo de un año que se establece en la Directiva es idéntico al establecido por la norma alemana que fue objeto de enjuiciamiento por el Tribunal.

Sin embargo, aunque la opción del legislador comunitario es rechazable por suponer una limitación de los derechos del consumidor y no ser acorde con el objeto de la Directiva acogido expresamente en su art. 1 –el logro de un nivel elevado de protección de los consumidores–, debe considerarse que en realidad responde a un cambio de modelo. Como ya indicábamos al analizar la Directiva de crédito al consumo, el legislador comunitario, en nuestra opinión, está cambiando la técnica de protección al consumidor. Si en anteriores Directivas se incentivaba a cumplir la obligación de información a través de un mecanismo que permitía el ejercicio indefinido del derecho del consumidor a extinguir el contrato en caso de no cumplirse ese deber informativo, en esta nueva etapa se opta por otra alternativa, consistente en reforzar el formalismo.

Así debe entenderse, en nuestra opinión, el apartado 4º del art. 6, al establecer un modelo de documento de información al consumidor sobre el derecho de desistimiento en el anexo I, letra A, de la directiva. Si el comerciante facilita ese modelo debidamente cumplimentado, habrá cumplido con sus obligaciones de información, corriendo además de su cargo la obligación de acreditar su entrega. El problema, por tanto, se traslada a las medidas que los Estados deben adoptar para garantizar que existan medios adecuados y eficaces para garantizar su cumplimiento.

⁸⁴⁴ En el mismo sentido se establece la norma contenida en la nueva redacción del art. 71 TRLCU. Tras indicar en el apartado 2º que “*siempre que el empresario haya cumplido con el deber de información y documentación*” el plazo se computará desde la recepción del bien o la celebración del contrato de servicios, el apartado 3º prevé para el caso de incumplimiento de esa obligación que el plazo “*finalizará doce meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios*”.

La utilización de un formulario se extiende también al ejercicio del derecho de desistimiento, con la finalidad de reducir costes a los empresarios que realizan ventas transfronterizas, simplificando el proceso y aportando seguridad jurídica⁸⁴⁵. No obstante, se sigue considerando la libertad de forma en cuanto al ejercicio del derecho, pudiendo optar el consumidor por utilizar el formulario o cualquier otra declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato. También el art. 11 permite al comerciante ofrecer al consumidor la posibilidad de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario o cualquier otra declaración de desistimiento a través del sitio web, en cuyo caso deberá facilitar sin demora un acuse de recibo al consumidor.

También resulta de interés una norma introducida en la Directiva y que viene a limitar considerablemente las opciones de los comerciantes, cual es la imposibilidad de efectuar el reembolso mediante un bono, a menos que el consumidor lo haya utilizado para la transacción inicial o lo acepte expresamente⁸⁴⁶. En tal sentido, el art. 13 de la Directiva establece con total claridad que el reembolso que debe hacer el comerciante será utilizando el mismo “medio de pago” empleado por el consumidor para la transacción inicial, salvo que aceptara expresamente otra opción y siempre y cuando ello no le haga incurrir en ningún gasto adicional.

Curiosamente, la Ley 3/2014, de trasposición, no incluye esta norma en la nueva redacción del art. 107 del TRLCU, como se encarga de destacar la doctrina⁸⁴⁷, lo que permitiría al comerciante la devolución del importe pagado por el consumidor, no en dinero, sino en bonos de compra en el propio comercio, con los inconvenientes que supone para el cliente y la indudable ventaja para el comerciante que de ese modo asegura el importe de la venta. Tampoco se incluye en el artículo 76, precepto ubicado en el capítulo II del Título I del TRLCU –que contiene la regulación general del derecho

⁸⁴⁵ Considerando 44 del Preámbulo de la Directiva, que añade que “*los Estados miembros deben abstenerse de añadir requisitos de presentación al formulario modelo para toda la Unión, por ejemplo, en cuanto al tamaño de la letra*”.

⁸⁴⁶ Considerando 46 del Preámbulo de la Directiva.

⁸⁴⁷ DIAZ ALABART, S. (Dir.) y ALVAREZ MORENO, M.T. (Coord.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Madrid, 2014, págs. 320-321: : “*Aunque se esperase que la ley de adaptación a nuestro Derecho mejorase la dicción de la Directiva, no sólo se ha perdido dicha ocasión, sino que el legislador ha optado por omitir este apartado en la redacción definitiva del nuevo art. 107.1 TRLCU*”, a pesar de que el proyecto de ley sí lo incluía inicialmente.

de desistimiento-, y por tanto, entendemos que la posibilidad de efectuar la devolución de manera distinta al medio de pago utilizado por el consumidor también será aplicable a los supuestos en que el derecho de desistimiento se atribuye mediante pacto entre las partes o en la oferta del comerciante, en transacciones no realizadas a distancia ni fuera de establecimiento mercantil⁸⁴⁸.

Esta posibilidad de que el comerciante o proveedor obligado a devolver cantidades al consumidor acuda a medios distintos de la mera devolución del importe recibido y con el mismo medio de pago ha sido utilizada también en materia de cláusulas abusivas. Como es sabido, la inclusión en los préstamos hipotecarios a consumidores de cláusulas de limitación a la variabilidad de los tipos de interés a la baja –conocidas, vulgarmente, como “*cláusulas suelo*”- ha generado una jurisprudencia favorable a la declaración de su nulidad por falta de transparencia en la comercialización, que ha alcanzado su punto álgido con una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea favorable a la devolución de lo percibido por las entidades financieras en aplicación de las referidas cláusulas desde la formalización del préstamo⁸⁴⁹, lo que ha provocado el riesgo de una avalancha de reclamaciones judiciales que podrían colapsar la Administración de Justicia. Para evitarlo, se ha dictado el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo⁸⁵⁰.

Este Real Decreto Ley, sobre el que pesa no obstante un recurso de inconstitucionalidad⁸⁵¹, establece un procedimiento extrajudicial de reclamación que se inicia con una reclamación previa a la entidad financiera que, a través de un departamento específico y especializado, deberá contestar al consumidor en el plazo máximo de tres meses. La contestación consistirá en reconocer el carácter abusivo de la cláusula y en tal caso incluirá el cálculo de las cantidades a devolver, o bien podrá

⁸⁴⁸ Sobre esta cuestión puede consultarse EVANGELIO LLORCA, R., “¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 7-8, 2011, Págs. 3-51.

⁸⁴⁹ Sentencia de 21 de diciembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que resuelve diversas cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante.

⁸⁵⁰ BOE núm. 18, de 21 de enero de 2017.

⁸⁵¹ Admitido a trámite mediante providencia de 9 de mayo de 2017 del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad nº 1960/2017 (BOE núm. 115, de 15 de mayo de 2017).

entender que la devolución no es procedente comunicando al prestatario los motivos en que se fundamenta.

En los casos en que resulte una cantidad a devolver, la Disposición Adicional Segunda del referido Real Decreto Ley permite a las entidades de crédito pactar con el prestatario medidas compensatorias distintas a la devolución del efectivo⁸⁵². Aunque el supuesto no guarda ninguna similitud con el ejercicio del derecho de desistimiento, sí utiliza una solución similar a la contenida en la trasposición de la Directiva sobre derechos de los consumidores, que permite por tanto que el comerciante no devuelva el importe recibido, sino una medida compensatoria distinta.

Es preciso destacar otro aspecto de la regulación contenida en la Directiva de 2011 por su importancia en relación con el derecho de desistimiento en la prestación de servicios. Se trata de la norma introducida en el apartado 3º del art. 14. Según esta norma, en caso de prestación de servicios, el consumidor que ejerza su derecho de desistimiento abonará al comerciante *“un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio”* en el momento de su ejercicio. Este importe proporcional se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. Esta norma coincide con la prevista en materia de comercialización a distancia de servicios financieros.

La novedad estriba en que se introduce el inciso de que *“en caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio”*⁸⁵³. El valor de mercado será el fijado por otros comerciantes del mismo sector al momento de la contratación. La norma, por tanto, parece de gran utilidad. Se recoge en términos literales en el art. 108.3 del TRLCU en su nueva redacción y podría extenderse su aplicación analógica al sector de

⁸⁵² De acuerdo con la referida Disposición adicional, *“1. A los efectos de lo previsto en el artículo 3, una vez convenida la cantidad a devolver, el consumidor y la entidad de crédito podrán acordar la adopción de una medida compensatoria distinta de la devolución del efectivo. En este caso la entidad de crédito deberá suministrarle una valoración que le permita conocer el efecto de la medida compensatoria y concederle un plazo de quince días para que manifieste su conformidad. 2. La aceptación de una medida compensatoria requerirá que el consumidor haya recibido información suficiente y adecuada sobre la cantidad a devolver, la medida compensatoria y el valor económico de esa medida. La aceptación de la medida compensatoria informada con esta extensión deberá ser manuscrita y en documento aparte en el que también quede constancia del cumplimiento del plazo previsto en el apartado anterior”*.

⁸⁵³ El considerando 50 del Preámbulo indica que el cálculo del importe proporcionado debe basarse en el precio acordado *“a menos que el consumidor demuestre que el precio total ya es de por sí desproporcionado, en cuyo caso el importe a pagar se calculará sobre la base del valor de mercado del servicio prestado. El valor de mercado se debe establecer comparando el precio de un servicio equivalente prestado por otros comerciantes en el momento de la celebración del contrato”*.

los servicios financieros pues, aunque pueda resultar ilógico que un consumidor adquiriera un producto a un precio superior al de mercado, bien puede resultar que precisamente el hecho de encontrar ese mejor precio en un competidor sea lo que da lugar al derecho de desistimiento y en tal caso resultaría injusto y gravemente dañoso para el consumidor que tuviera que abonar un precio excesivo precisamente cuando es esa circunstancia la que motiva el desistimiento.

Por último, la Directiva también aborda la regulación de lo que se denominan como contratos complementarios, que son definidos por el artículo 2.15 de la propia Directiva como un contrato por el cual el consumidor adquiere bienes o servicios relacionados con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y dichos bienes o servicios son proporcionados por el comerciante o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el comerciante.

En relación con estos contratos la Directiva establece su ineficacia vinculada a la del contrato principal, solución que es similar a las adoptadas en otras normas de protección del consumidor, como la Directiva 2008/48, de crédito al consumo⁸⁵⁴ o la Directiva 2008/122, sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico⁸⁵⁵. En tal sentido, el art. 15 establece que el ejercicio por el consumidor de su derecho de desistimiento en un contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento, *“tendrá por efecto la resolución automática y sin gastos para el consumidor (...) de todo contrato complementario”*, imponiendo a los Estados miembros, en el apartado segundo del precepto, la obligación de establecer normas detalladas sobre la resolución de estos contratos.

En la regulación estatal, se ha introducido un nuevo artículo 76 bis en el TRLCU para los contratos complementarios en general y una nueva redacción del art. 77 para el supuesto específico de un contrato de crédito para la financiación del bien o servicio a que se refiere el contrato principal, que pretenden aplicar las reglas generales de

⁸⁵⁴ Según el art. 15, si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento conforme al derecho comunitario respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios, dejará de estar obligado por un contrato de crédito vinculado.

⁸⁵⁵ El art. 11 establece que el desistimiento del contrato de aprovechamiento por turno o de producto vacacional ocasionará la rescisión automática de cualquier contrato accesorio. Asimismo, si el precio se financió con un préstamo, hecho por el mismo comerciante o por un tercero con el que aquel lo haya acordado, el contrato de crédito también se rescindirá.

liquidación de los contratos en que se ejerce el derecho de desistimiento a estos supuestos.

Para concluir, podemos indicar que la valoración de la doctrina sobre la regulación del derecho de desistimiento en la Directiva de 2011 es positiva, calificándose como un paso adelante en la tutela del consumidor⁸⁵⁶. No obstante coincidir en lo sustancial respecto a dicha valoración positiva, existen algunos aspectos, como los señalados, donde se producen retrocesos en la protección del consumidor.

IV.4. El desistimiento en los créditos hipotecarios.

El sector de los préstamos o créditos hipotecarios⁸⁵⁷ ha sido tradicionalmente muy local, concentrado en las sucursales de las entidades financieras que comercializaban sus productos de manera directa con el consumidor.

⁸⁵⁶ DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., “Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, y su trasposición al Derecho español”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 26, enero-junio 2014, pág. 267.

⁸⁵⁷ La cuestión terminológica resulta precisamente un reflejo del carácter local del mercado hipotecario. En nuestro país, la legislación se ha referido tradicionalmente al préstamo o mutuo, entendido como contrato regulado en el Código Civil por el que una parte entrega a la otra una cantidad de dinero —o cualquier otra cosa fungible— con la obligación de devolverla. A dicho contrato se superpone, de manera accesoria, la garantía real de la hipoteca sobre un bien, generalmente, un inmueble. No obstante, la promulgación de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (BOE núm. 80, de 4 de abril de 1994), propició la aparición de figuras de créditos garantizados con hipoteca, con la misma finalidad de adquisición de inmuebles. Esta práctica, seguida por determinadas entidades financieras iba orientada a evitar la subrogación de acreedor introducida por la indicada Ley, pues ésta se refería en exclusiva a los préstamos. No obstante, aunque se configurasen como créditos, en realidad se producía una disposición inicial de la totalidad de su importe de manera similar a la entrega del préstamo, motivo por el cual la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, admitió finalmente que era posible también la subrogación en los créditos hipotecarios. En la actualidad, la Guía de acceso al préstamo hipotecario publicada por el Banco de España y accesible en su página web, distingue entre ambas figuras y así, en su página 12, se define al préstamo como “*un producto bancario que permite al cliente (que en términos mercantiles se denomina «prestatario») recibir una determinada cantidad de dinero (el denominado «capital» o «principal del préstamo») de una entidad (el prestamista), con el compromiso de devolver dicha cantidad y los intereses correspondientes, habitualmente mediante pagos periódicos (las llamadas cuotas)*”, mientras que el crédito consiste en “*un producto bancario que permite al cliente (llamado en términos mercantiles «acreditado») ir disponiendo del dinero facilitado por la entidad (acreedora) a medida que lo vaya necesitando, en cualquier cantidad hasta una determinada cuantía (límite del crédito pactado) y en cualquier momento durante el plazo de tiempo acordado. El cliente deberá devolver la cuantía dispuesta, así como los intereses y las comisiones bancarias, en los plazos acordados, si bien también puede devolver parcial o totalmente el importe dispuesto antes de su vencimiento, pudiendo volver a disponer de ese importe en futuras ocasiones durante la vida del crédito, si así se ha pactado*”. Precisamente, para evitar cualquier duda, el art. 2.3 del Anteproyecto de ley de trasposición de la Directiva 2014/17/UE al Derecho interno, establece que las referencias contenidas en el mismo a los préstamos “*se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos*”.

Consecuentemente, la regulación de la materia era de carácter estatal, sin que la Unión Europea hubiese tenido la oportunidad de acometer una normativa común hasta fechas relativamente recientes, en concreto, a través de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010⁸⁵⁸ (en adelante, DCH).

Como destaca la doctrina, las condiciones económicas del crédito hipotecario son distintas en cada mercado, al igual que los aspectos legales, como la constitución de la garantía o el procedimiento de ejecución, que varían significativamente de un país a otro, al igual que las políticas fiscales o de protección de los consumidores⁸⁵⁹. Precisamente, una de las características de la DCH es que sólo va a regular determinados aspectos de los créditos al consumo garantizados mediante hipoteca, u otro tipo de garantía similar, para inmuebles de uso residencial⁸⁶⁰, por lo que cuestiones tales como la validez de los contratos, las consecuencias del incumplimiento contractual o lo referente al Registro de la Propiedad, seguirán siendo competencia de los Estados miembros⁸⁶¹.

Por otro lado, los préstamos hipotecarios no han sido objeto de una normativa actualizada, sino que se sigue aplicando, fundamentalmente, la regulación contenida en los Códigos Civil y de Comercio, en cuanto al préstamo, y la Ley Hipotecaria, por lo que respecta a la garantía. Tan sólo en los últimos tiempos y como consecuencia de la crisis económica y la presión social provocada por los efectos adversos que ha tenido

⁸⁵⁸ DOCE núm. 60, de 28 de febrero de 2014.

⁸⁵⁹ MULLOR GÓMEZ, L., PEÑA CUENCA, I., “La nueva regulación y el crédito a la vivienda”, *Cuadernos Económicos*, ICE, núm. 90, pág. 243.

⁸⁶⁰ DÍAZ ALABART, S., “La Directiva 2014/17, de 17 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Dir. DÍAZ ALABART, S., Coord. REPRESA POLO, M.P., Madrid, 2015, pág. 16.

⁸⁶¹ De acuerdo con el Considerando 9 del Preámbulo de la Directiva, “*En los ámbitos no cubiertos por la presente Directiva, los Estados miembros tienen la libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales. En concreto, deben poder mantener o adoptar disposiciones nacionales en el ámbito del Derecho contractual, en relación con aspectos tales como la validez de los contratos de crédito, el Derecho de propiedad, el registro de la propiedad, la información contractual y, en la medida en que no están reguladas en la presente Directiva, las cuestiones postcontractuales. Se permite a los Estados miembros establecer que las partes puedan elegir de mutuo acuerdo tasador o empresa de tasación o notarios*”.

para multitud de consumidores, se han introducido ciertas reformas que han venido a limitar los excesos de la autonomía de la voluntad y a reformar una normativa que desconocía la protección del consumidor de crédito hipotecario. La técnica utilizada ha sido, fundamentalmente, la aprobación de decretos leyes por el gobierno⁸⁶², con medidas claramente excepcionales, a veces originadas por pronunciamientos judiciales contrarios a normas anteriores⁸⁶³, y en todo caso sin la más mínima sistemática ni reflexión sobre el modelo a seguir.

En este contexto se aprueba la DCH, que transcurre, desde el inicio de su tramitación, en paralelo con la Directiva 2008/48/CE⁸⁶⁴, pues el conjunto de ambas Directivas conforma el “*sistema europeo de contratación con consumidores de créditos de consumo*”⁸⁶⁵. Paralelismo que se refleja incluso en el Preámbulo de la DCH al hacer

⁸⁶² Entre las señaladas normas se encuentran el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOE núm. 161, de 7 de julio de 2011); el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012), que aprobó el Código de buenas prácticas de las entidades de crédito para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual; el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012), que acordó la suspensión de lanzamiento por dos años y que fue prorrogado con posterioridad por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013), y el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015). Finalmente, el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 2017). Sobre alguna de estas normas nos hemos ocupado en NOVAL LAMAS, J.J., “Actuaciones de las entidades de crédito ante la crisis económica: el código de buenas prácticas aprobado por R.D. Ley 6/2012, de 9 de marzo”, en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XXIII, págs. 167-211.

⁸⁶³ Entre las resoluciones judiciales dictadas en relación con la normativa hipotecaria española, alcanzan un especial relieve las dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pudiéndose citar a modo de simple ejemplo las sentencias de 14 de junio de 2012, -dictada en el asunto C-618/10, conocida como “BANESTO” y en la que se declaró la posibilidad del juez nacional de entrar a conocer, de oficio, el carácter abusivo de las cláusulas que, una vez anuladas, no podrían integrarse-, así como la de 14 de marzo de 2013 -dictada en el asunto C-415/11, “Aziz”, que afectó al procedimiento de ejecución hipotecaria al no permitir, hasta ese momento, la oposición al mismo con base en la existencia de cláusulas abusivas.

⁸⁶⁴ En este sentido, GÓMEZ LOZANO, M.M., “Las medidas de protección del consumidor en la fase previa de contratación de préstamos hipotecarios: de la normativa española a la comunitaria”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sáinz de Arango* (Coord. MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LOPEZ, J., PINO ABAD, M.), Madrid, 2015, págs. 392.

⁸⁶⁵ DÍAZ ALABART, S., “La Directiva 2014/17, de 17 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, en *La protección del consumidor*

referencia en el Considerando 20 a la conveniencia de seguir las pautas establecidas en la Directiva 2008/48⁸⁶⁶, especialmente en cuanto a la información a facilitar al consumidor y la forma que debe adoptar así como en cuanto al cálculo uniforme de la Tasa Anual Equivalente (TAE). Esta última previsión en cuanto a una forma uniforme de calcular el coste real del crédito es esencial para poder conseguir un verdadero mercado transfronterizo europeo en el sector.

El objetivo de alcanzar un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio con un elevado grado de protección de los consumidores es lo que sustenta la pretensión de un *marco adecuadamente armonizado* a escala de la Unión⁸⁶⁷. Estas palabras contenidas en el frontispicio de la Directiva ya anuncian que con ella no se pretende una armonización plena, sino mínima, como se refleja en el art. 2 de su articulado. Así, sólo estará vedado a los Estados introducir requisitos y normas diversas a las contenidas en la Directiva en las dos materias que se consideran fundamentales: la información a facilitar al consumidor, que deberá hacerse a través de la denominada *FEIN* o Ficha Europea de Información Normalizada, y el cálculo de la TAE que deberá ser *común* y *coherente* para toda la Unión. Consecuencia de este planteamiento en cuanto a

en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE), Dir. DÍAZ ALABART, S., Coord. REPRESA POLO, M.P., Madrid, 2015, pág. 14. En la misma línea, REYES LÓPEZ, M.J., “Aspectos básicos de la Directiva 2014/17/UE”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 5, agosto 2016, págs. 412, quien se refiere al “tratamiento unitario a la regulación del crédito”, que se consigue con ambas Directivas.

⁸⁶⁶ “A fin de garantizar a los consumidores un marco uniforme en materia de crédito y de reducir al mínimo las cargas administrativas de los prestamistas y los intermediarios de crédito, conviene que, en lo esencial, la presente Directiva siga las pautas de la Directiva 2008/48/CE cuando sea posible, y concretamente recoja los preceptos conforme a los cuales es preciso que la información que figure en la publicidad relativa a los contratos de crédito para bienes inmuebles se facilite al consumidor mediante un ejemplo representativo, que se proporcione a este información precontractual pormenorizada por medio de una ficha de información normalizada, que se le faciliten las explicaciones adecuadas antes de celebrar el contrato de crédito, que se establezca una base común para calcular la tasa anual equivalente (TAE) excluidos los gastos notariales, y que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor antes de conceder un crédito. Asimismo, debe garantizarse a los prestamistas un acceso no discriminatorio a las bases de datos sobre créditos, a fin de crear, a través de las disposiciones, condiciones equitativas de competencia similares a las establecidas en la Directiva 2008/48/CE. De manera análoga a la Directiva 2008/48/CE, la presente Directiva debe garantizar un proceso de reconocimiento adecuado y una supervisión de todos los prestamistas que otorguen contratos de crédito para bienes inmuebles, disponer requisitos relativos al establecimiento de mecanismos de resolución extrajudicial de litigios y al acceso a los mismos”.

⁸⁶⁷ Considerando 5 del Preámbulo de la Directiva, añadiéndose en el Considerando 6 que “La presente Directiva debe desarrollar por consiguiente un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante unos contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles, promoviendo a la vez la sostenibilidad de la concesión y la contratación de préstamos, así como la inclusión financiera, y proporcionando, por tanto, un nivel elevado de protección a los consumidores”.

armonización será la proliferación de preceptos que permiten a los Estados miembros realizar una opción u otra en función de su propio criterio. Este planteamiento es objeto de crítica por la doctrina pues provocará la desconfianza de los consumidores en el mercado transfronterizo⁸⁶⁸, que es precisamente lo contrario de la pretensión inicial de la norma.

El origen de la Directiva se remonta a marzo de 2003, cuando la Comisión puso en marcha un proceso encaminado a determinar y evaluar el impacto de los obstáculos al mercado interior de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, para lo que se constituyó un Grupo de Expertos –que incluía al sector bancario, asegurador, consumidores, notarios y tasadores- denominado Grupo de Discusión sobre créditos hipotecarios (*Forum Group*). Su objetivo era identificar las barreras que obstaculizan el funcionamiento fluido del mercado, evaluar su repercusión sobre el funcionamiento del mercado interior y proponer recomendaciones para su eliminación. El Forum Group emitió su informe en 2004 con cuarenta y ocho recomendaciones para la Comisión⁸⁶⁹, que incidían sobre cuatro áreas fundamentales: la protección del consumidor, los aspectos jurídicos de la operación de crédito hipotecario, la formalización de la garantía real hipotecaria y la financiación del crédito hipotecario⁸⁷⁰.

El 19 de julio de 2005, la Comisión publicó el Libro Verde sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea⁸⁷¹, cuyo objetivo principal era servir de instrumento para evaluar las ventajas que aportaría la intervención comunitaria en los mercados de

⁸⁶⁸ DÍAZ ALABART, S., “La Directiva 2014/17, de 17 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Dir. DÍAZ ALABART, S., Coord. REPRESA POLO, M.P., Madrid, 2015, págs. 22 y siguientes. De hecho, concluye que “*en total se pueden contabilizar veinticinco opciones para los Estados miembros, lo que considerado dentro del ámbito concreto que regula la DCH, supone que la trasposición de la DCH a las legislaciones internas, con toda probabilidad, va a dar como resultado una serie de leyes nacionales que pueden diferir en un número muy elevado de aspectos más o menos trascendentes, por lo que el acercamiento entre legislaciones solamente se va a producir en cuanto a los dos temas en los que la armonización se ha establecido a su máximo nivel: el cálculo de la TAE y el modelo obligado de la FEIN*”.

⁸⁶⁹ Una traducción al castellano del informe puede consultarse en la web de la Asociación Hipotecaria de España, www.ahe.es. El original, en inglés, puede encontrarse en http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf (visitado 28/04/2017).

⁸⁷⁰ RODRÍGUEZ BENOT, A., YBARRA BORES, A., “La armonización del crédito hipotecario en la Unión Europea”, *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, nº 5, 2011, pág. 127.

⁸⁷¹ COM (2005) 327 final.

créditos hipotecarios de vivienda, hasta ese momento excesivamente locales y totalmente fragmentados. De hecho, la mayor parte de supuestos de créditos hipotecarios transfronterizos se daba en los supuestos de adquisición de inmuebles en un Estado por un nacional de otro Estado miembro, que habitualmente acudía a la entidad de crédito propia para la financiación.

La publicación del Libro Verde tiene en cuenta, especialmente, que resulta conveniente que el crédito hipotecario pueda demandarse y ofrecerse con pocos obstáculos en la Unión, para aumentar el mercado, diversificar los productos y permitir una mayor convergencia de los precios. Según el propio texto del Libro Verde, “*la Comisión aprecia las ventajas de un mercado de financiación más líquido, basado en productos y técnicas de financiación modernos y flexibles*”. Con ello, además, se beneficiará la integración europea debido a la dimensión social y humana que tiene la adquisición de viviendas y, por tanto, la financiación de las mismas.

Concluye el Libro Verde⁸⁷² con la admonición de que la Comisión sólo hará propuestas de actuación tras el proceso de consulta si se demuestra que “*los beneficios potenciales de la intervención pueden ser superiores a los costes anticipados de la misma*”, anunciándose la publicación de un Libro Blanco en el que figurarían los resultados de la consulta.

Finalmente, el 18 de diciembre de 2007, adoptó un Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión⁸⁷³, que anunciaba la intención de la Comisión de evaluar la incidencia de, entre otras cosas, las distintas opciones de actuación en relación con la información precontractual, las bases de datos sobre créditos, la solvencia, la tasa anual equivalente (TAE) y el asesoramiento sobre contratos de crédito. Lo más destacable del mismo es que a consecuencia del mismo se concluyó que la información del consumidor debe ser estructurada, completa, concreta y

⁸⁷² Un análisis exhaustivo de las diversas cuestiones planteadas en el Libro Verde puede consultarse en RODRÍGUEZ BENOT, A., YBARRA BORES, A., “La armonización del crédito hipotecario en la Unión Europea”, *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, nº 5, 2011, págs. 127-138. Destaca, especialmente, las medidas sobre protección del consumidor, como la información a suministrarle (y, en concreto, el volumen de información así como la fase contractual de suministro de la misma), el asesoramiento crediticio (en especial, su carácter optativo u obligatorio), la posibilidad de amortización anticipada del préstamo debido a su larga duración inicial (especialmente, en cuanto al coste de la misma y su uniformidad), la regulación uniforme de la TAE o el establecimiento de límites a los tipos de interés aplicados por el sector a los consumidores.

⁸⁷³ COM (2007) 807 final.

simple, por lo que se desarrollaría la ficha europea de información normalizada (FEIN) y se haría extensiva al crédito hipotecario el concepto y modelo de TAE ya incluida en la entonces Propuesta de Directiva de crédito al consumo.

En fecha 31 de marzo de 2011, la Comisión presentó su Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial⁸⁷⁴, iniciándose de este modo el procedimiento legislativo comunitario. En la Exposición de Motivos de la Propuesta se hace referencia a los dos objetivos perseguidos: conseguir un mercado único eficiente y competitivo en el que exista un alto grado de protección y, en segundo lugar, favorecer la estabilidad financiera garantizando un funcionamiento responsable de los mercados de créditos hipotecario. Se destaca así mismo, la existencia de abundantes normas sobre la materia y la necesidad de armonización. En concreto, se indica cómo la Directiva 2008/48 se venía aplicando al crédito hipotecario en algunos Estados miembros⁸⁷⁵.

Por lo que respecta al derecho de desistimiento en concreto, en el Considerando 13 del Preámbulo de la propuesta se hace referencia al mismo, indicándose que resulta oportuno que se complemente la Directiva propuesta complementa la 2002/65/CE que exige que *“se informe al consumidor acerca de la existencia o inexistencia de un derecho de desistimiento y prevé tal derecho”*, al igual que la Directiva 85/577/CEE. No obstante, nada se indica en el articulado de la propuesta sobre el derecho de desistimiento y su regulación. Esta ausencia de regulación fue destacada expresamente por el Banco Central Europeo en su dictamen de 5 de julio de 2011⁸⁷⁶, recomendando que se examinara en el proceso legislativo la necesidad de incluir en la Directiva disposiciones que regulen el derecho de desistimiento⁸⁷⁷.

⁸⁷⁴ COM (2011) 142 final.

⁸⁷⁵ No ocurría así en España, donde el art. 3 de la Ley 16 /2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, excluye expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, así como los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

⁸⁷⁶ DOCE núm. C 240-3, de 18 de agosto de 2011.

⁸⁷⁷ *“A diferencia de la Directiva 2008/48/CE o de la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, la directiva propuesta no aborda la armonización del derecho de desistimiento de los consumidores a nivel de la Unión. A la vista de la relevancia de los compromisos financieros que adquieren los consumidores que suscriben contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, y para contribuir a la estabilidad financiera y a la obtención y concesión de préstamos responsable, el BCE recomienda que se examine en el proceso legislativo en curso la necesidad de incluir en la directiva propuesta disposiciones que regulen el derecho de desistimiento”*.

Por su parte, el Comité Económico y Social, en su informe de 14 de julio de 2011⁸⁷⁸, insistió en la necesidad de disponer de una legislación europea adecuada en la materia como se había demostrado por la crisis financiera sufrida, que ha obligado a muchos prestatarios de créditos hipotecarios a revender a precios irrisorios los bienes inmuebles adquiridos. De este modo, sin perjuicio de apoyar el objetivo de la Comisión de propiciar las condiciones necesarias para el desarrollo de un mercado único, eficiente y competitivo –para recuperar la confianza de los consumidores y favorecer la estabilidad financiera–, sin embargo entiende que el contenido de la propuesta no es suficiente y propugna expresamente seguir como modelo el de la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo.

Ante estas recomendaciones, fue el Parlamento Europeo quien propuso, en su informe sobre primera lectura de 11 de octubre de 2012⁸⁷⁹, una enmienda que introducía un nuevo artículo 9 bis que regulaba expresamente el derecho de desistimiento⁸⁸⁰.

La regulación final de la DCH, que se contiene en el art. 14 entre las normas relativas a la información precontractual, es, a nuestro juicio, no sólo insuficiente, sino, además, generadora de diferencias entre los Estados miembros⁸⁸¹ y, por tanto, contraria a los objetivos de la Directiva de conseguir un mercado único eficiente y competitivo.

⁸⁷⁸ COM (2011) 142 final - 2011/0062 (COD).

⁸⁷⁹ 0202/2012 (COD).

⁸⁸⁰ La enmienda 72 del Parlamento incluía la introducción de este precepto: “*Los Estados miembros garantizarán que el consumidor dispone de 14 días laborables para comparar las ofertas, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión con conocimiento de causa. Los Estados miembros garantizarán que este periodo puede considerarse bien como un periodo en el que la oferta sigue siendo vinculante para el prestamista antes de la firma del contrato de crédito, bien como un derecho de desistimiento sin costes adicionales. Los Estados miembros velarán por que los consumidores que lo deseen puedan aceptar la oferta antes de la expiración del periodo de catorce días. Los Estados miembros podrán disponer que el derecho de desistimiento se reducirá o dejará de aplicarse si el consumidor emprende cualquier acción que, en virtud del Derecho nacional, tiene como resultado la creación o la transferencia de un derecho sobre una propiedad que use o esté conectada con fondos obtenidos en virtud del contrato de crédito o en los casos en que, de conformidad con la legislación del Estado miembro, el contrato de crédito se establezca a través de un sistema en el que intervenga un cargo público o agente que está obligado por ley a ser independiente e imparcial y que debe garantizar, facilitando al consumidor una información contractual y jurídica personalizada y completa, que el consumidor solo celebra el acuerdo sobre la base de un atento examen jurídico y con pleno conocimiento de su alcance jurídico*”.

⁸⁸¹ GÓMEZ LOZANO, M.M., “Las medidas de protección del consumidor en la fase previa de contratación de préstamos hipotecarios: de la normativa española a la comunitaria”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino* (Coord. MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LOPEZ, J., PINO ABAD, M.), Madrid, 2015, pág. 399 considera que la distinción de la Directiva entre período de reflexión y derecho de desistimiento “*podrá generar importantes conflictos en la práctica*”.

Se trata de una regulación insuficiente porque no establece un verdadero derecho de desistimiento, sino que queda a la voluntad de los Estados miembros la elección entre un período de reflexión, un derecho de desistimiento o una combinación de ambos. Como se indica en el Considerando 23 del Preámbulo de la Directiva, resulta necesario garantizar que los consumidores dispongan de un período de tiempo suficiente para que el consumidor considere las implicaciones del crédito que va a recibir y compare las diversas ofertas que tenga. Este período de tiempo se fija en al menos siete días, no especificándose si se trata de hábiles o naturales, por lo que habrá de considerar que son naturales de conformidad con el Reglamento (CEE, EURATOM) nº 1182/71, del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos.

Añade el Preámbulo que los Estados miembros deben disponer de flexibilidad para establecer este período suficiente de reflexión antes de que se celebre el contrato de crédito, o un plazo de desistimiento tras su celebración, o bien una combinación de ambas cosas. Por tanto, podemos concluir que la Directiva no concede un derecho de desistimiento al consumidor en este tipo de créditos. De ahí que en el modelo de FEIN incorporada a la Directiva como Anexo II, en su apartado 11, incluya ambas posibilidades.

Este sistema de opción, así como el hecho de que el plazo se establece como mínimo, va a provocar diferentes soluciones en los diversos Estados miembros, que libremente decidirán si conceder o no un derecho de desistimiento. Además, la doctrina critica el sistema por la confusión que genera la tercera de las opciones –“una combinación de ambos”-, pues no es posible que simultáneamente concurren una oferta vinculante durante siete días y un derecho de desistimiento en el mismo espacio temporal⁸⁸².

En nuestro país, que ya ha incumplido el plazo de trasposición de la Directiva – fijado para el 21 de marzo de 2016 en su art. 42-, se publicó en la web del Tesoro un

⁸⁸² En este sentido, FUENTESECA DEGENEFEE, C., “La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE”, en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, (Dir. DÍAZ ALABART, S., Coord. REPRESA POLO, M.P.), Madrid, 2015, pág. 170. Tal y como indica, son opciones que operan en distintos momentos, por lo que la “combinación de ambas” debe entenderse que ambas posibilidades aparezcan de modo sucesivo en el tiempo: en primer lugar, se emitiría una oferta vinculante de siete días –el período de reflexión- y, tras la celebración del contrato, se reconocería otro período de la misma duración para desistir. Aunque, añade la autora, “cabría objetarle que resulta criticable concederle dos plazos al consumidor para que, por ejemplo, primero decida contratar, y pocos días después, opte por desistir”.

primer Anteproyecto de ley en julio de 2016⁸⁸³, si bien recientemente ha trascendido a los medios de comunicación un nuevo texto no oficial⁸⁸⁴. Ninguno de ellos hace referencia a un derecho de desistimiento. En el más reciente, se incluye una redacción de su art. 5, dedicado a la transparencia en la comercialización de créditos hipotecarios, en la que se impone la obligación de entrega de la FEIN con una antelación mínima de siete días respecto al momento de firma del contrato⁸⁸⁵.

En realidad, el anteproyecto está más preocupado por imponer seguridad jurídica en el mercado hipotecario nacional que en la trasposición de la Directiva, tras la proliferación de resoluciones judiciales, tanto estatales como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han afectado a la nulidad de cláusulas del préstamo – especialmente, las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés, conocidas popularmente como “cláusulas suelo” o las que permiten el vencimiento anticipado del préstamo ante el impago del mismo. No obstante, la opción del anteproyecto parece consistir en la obligación del notario que va a formalizar el contrato de crédito hipotecario, de reflejar previamente en un acta la entrega de la FEIN al prestatario así como el conocimiento pleno por éste del contenido de la información relevante para la operación. De ahí que la existencia del acta notarial justifique la exclusión del derecho de desistimiento, cuya finalidad de evitar la inexistencia de conocimiento por el consumidor y su falta de reflexión previa a la asunción de obligaciones, quedará suficientemente cumplida a través de esa intervención notarial.

Como conclusión, debemos indicar que si bien la DCH resulta un retroceso en lo que al derecho de desistimiento se refiere, la trasposición al Derecho interno va a incorporar, de manera no buscada directamente por el legislador, una garantía alternativa para el consumidor que, de este modo, va a ver reforzadas sus posibilidades de contratación sin incurrir en la falta de reflexión que el desistimiento trata de corregir.

⁸⁸³ Puede consultarse en <http://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/sleg7880.pdf> (última consulta, 30 de abril de 2017).

⁸⁸⁴ El objeto de este trabajo nada tiene que ver con la técnica legislativa ni con la crítica al funcionamiento del Estado. Pero no queremos dejar de poner de manifiesto las dificultades que para los estudiosos del Derecho supone el manejo de textos no oficiales, apócrifos (en el sentido utilizado por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “2. *Dicho de una obra, especialmente literaria: De dudosa autenticidad en cuanto al contenido o a la atribución*”) y de filtración acompañada. No es de extrañar, en este contexto, que las normas finalmente emanadas del Parlamento resulten claramente defectuosas.

⁸⁸⁵ Puede consultarse la nota de prensa del Gobierno sobre la presentación de un informe del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad sobre el Anteproyecto de ley en la web de La Moncloa: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/170217-credito inmobiliari.aspx> (última consulta, 30 de abril de 2017).

IV.5. Propuestas de regulación en otros ámbitos: Marco Común de Referencia, Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea, Propuesta de modernización del Código Civil, Anteproyecto de Código Mercantil en España.

En los apartados anteriores, hemos analizado normas jurídicas vigentes que han reconocido el derecho de desistimiento e incluso, en algunos casos, mejorado la regulación que presenta en la normativa sobre comercialización a distancia de servicios financieros, pudiendo servir de criterios interpretativos así como servir como modelo para ulteriores reformas del desistimiento objeto de nuestra investigación.

Pero también existen otro tipo de textos jurídicos que, si bien no son norma jurídica aplicable, sí pueden servir igualmente de modelo para ulteriores regulaciones, así como avanzar cómo se configurará la figura en el futuro.

Los primeros que vamos a analizar se insertan en los trabajos que se están llevando a cabo en el marco de la Unión Europea para conseguir una aproximación de las legislaciones de los Estados, en materia del Derecho contractual, que permita quizá en el futuro la aprobación de una normativa común europea. Los segundos, se enmarcan en un proceso de actualización y modernización del Derecho español, anclado en los códigos decimonónicos y necesitado de una reforma que afecte a su totalidad, al margen de las puntuales que se vienen haciendo en función de la coyuntura social, política y económica.

IV.5.1. El Marco Común de Referencia.

La Unión Europea, nacida en 1957 como una mera “comunidad económica” de intereses es consciente, desde hace años, que difícilmente se pueden conseguir una verdadera unión política y económica sin contar con un ordenamiento jurídico común o, al menos, uniforme en todos los Estados que la componen⁸⁸⁶. Ello es, especialmente,

⁸⁸⁶ En esta línea se manifiesta VALPUESTA GASTAMINZA, E. “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo, 2013, Vol. 5, nº 1, pág. 200, para quien “*resulta ilusorio hablar de un «mercado único» cuando hay 27*

aconsejable en un contexto histórico como el europeo, en el que el Derecho Romano no sólo unificó el Imperio hasta el siglo V sino que, con posterioridad, ha venido aplicándose, de un modo u otro, en los diversos Estados que componen Europa hasta la actualidad⁸⁸⁷. Esta circunstancia, además, supone una facilidad para conseguir el objetivo comunitario pues los orígenes jurídicos de cada ordenamiento estatal proceden de un tronco común.

Las opciones que se plantean, en este punto, son dos y evocan la añeja discusión mantenida a principios del siglo XIX entre Savigny y Thibaut sobre la necesidad de un Código Civil para Alemania. Una primera sería la creación de una norma jurídica aplicable en toda la Unión europea; sin embargo, esta opción no resulta posible puesto que la Unión carece de competencias al respecto, que siguen residiendo en los Estados, muy celosos de sus competencias nacionales. La segunda opción es la armonización de las legislaciones nacionales que permita en un futuro la adopción de normas únicas para toda la Unión. En definitiva, y como señala la doctrina, se trata de la elección entre codificación y armonización⁸⁸⁸.

derechos privados distintos aplicables, y en un contrato entre nacionales de distintos países debe determinarse el derecho aplicable, y luego operar conforme a él. De hecho, los estudios demuestran que el comercio internacional interno dentro de la UE es relativamente pequeño, en buena parte por esta diversidad. Los «Eurobarómetros» ponen de manifiesto que muchos consumidores prefieren comprar a empresas de su país porque desconfían de cómo será el derecho aplicable en otro caso; e igualmente, muchas pequeñas PYMEs se dedican al comercio nacional porque no quieren estudiar qué derecho se aplicaría en otros casos y las diversas consecuencias según los países de compra».

⁸⁸⁷ Destaca REDONDO TRIGO, F., “De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *Anuario de derecho Civil*, núm. LXIII, 2010, Fasc. IV, pág. 1647 que “El Derecho Romano había servido como base del conocido «*Ius Commune*», que ha de ser considerado como un gran intento legislativo con aspiraciones supranacionales, el cual era citado «*imperialionis si no ratione imperii*», ya que nunca llegó a estar reconocido como un auténtico Derecho Positivo, al igual que le ocurriera a su heredero, es decir, al Derecho Natural o «*Ius Naturale*» de Grocio y Puffendorf. De esta forma, tanto aquel basado en el Digesto Justiniano como este en la Razón Natural, no fueron como ya hemos advertido un vinculante Derecho Positivo, lo que no conlleva que haya de negárseles la excepcional contribución de ambos a la deslocalización jurídica”.

⁸⁸⁸ REDONDO TRIGO, F., “De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *Anuario de derecho Civil*, núm. LXIII, 2010, Fasc. IV, pág. 1646 considera que “los posicionamientos en torno a una u otra opción han de pasar ineludiblemente por atender a las diferentes características que conllevan una «armonización» frente a una «codificación». Así, «*in genere*», puede decirse que la codificación es comprensiva, sistemática, interna y estática, mientras que la armonización prevé el ofrecimiento de respuestas parciales a determinadas cuestiones dirigidas a un ámbito supranacional, con el propósito de adecuarse con mayor facilidad que lo codificado a las innumerables circunstancias cambiantes del tráfico jurídico no solo nacional, sino evidentemente, internacional”.

Es esta segunda opción, la armonización, la que ha sido utilizada en Europa, si bien con impulsos de direcciones diversas por parte de cada institución -Parlamento Europeo, Comisión y Consejo-, y de distinta intensidad según el momento histórico. En esta corriente se enmarca el denominado Marco Común de Referencia (o DCFR en sus siglas en inglés: *Draft on common frame of reference*).

El punto de partida debe situarse en la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 “sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros”⁸⁸⁹, en la que aprecia los logros conseguidos hasta ese momento en cuanto a armonización de muchos temas concretos del Derecho privado, pero no de ramas enteras del mismo. Tras considerar que esto no resulta suficiente para las necesidades y aspiraciones del mercado único y sin fronteras, concluye solicitando que se dé comienzo a los trabajos de preparación indispensables para la elaboración de un Código Europeo común de Derecho privado.

Dado que la Comisión no inició los indicados trabajos, el Parlamento adoptó una nueva Resolución, de 6 de mayo de 1994 “sobre la armonización de determinados sectores del derecho privado de los Estados miembros”⁸⁹⁰, en la que reiteró la petición de que se iniciaran los trabajos al respecto, instó a los Estados miembros para que manifestaran si deseaban participar en la unificación propuesta como objetivo y manifestó su apoyo expreso a los trabajos de armonización que venía realizando la Comisión de Derecho Europeo de los contratos –más conocida como Comisión Lando, por ser éste su presidente.

El origen de la Comisión se puede situar en el año 1974 con la celebración de un simposio en el que se trató un Proyecto de Convención de Derecho Internacional Privado sobre la legislación aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales, si bien se constituye formalmente en la reunión celebrada en Hamburgo en noviembre de 1982. Se forma sin carácter oficial ni mandato representativo de ningún tipo e integrada por académicos pertenecientes a los distintos Estados de la Comunidad Europea con la finalidad de elaborar una propuesta sobre el Derecho de

⁸⁸⁹ DOCE núm. 158, de 26 de junio de 1989.

⁸⁹⁰ DOCE núm. C 205, de 25 de julio de 1994.

contratos más apropiado para Europa mediante principios o reglas comunes y generales del Derecho contractual europeo que desemboquen en la armonización del mismo.

El trabajo de la Comisión consistió en la formulación de los “Principios de Derecho Contractual Europeo” (conocidos por sus siglas en inglés, PECL, Principles of European Contract Law), que fueron publicados en dos volúmenes en 2000 y en 2005 y representan el núcleo común del Derecho contractual de todos los Estados miembros de la Unión⁸⁹¹.

La Comisión Europea había publicado en 2001 una comunicación sobre derecho contractual europeo en 11 de julio de 2001 –a la que ya hemos hecho referencia-, apuntando la existencia de cuatro opciones en cuanto a política de armonización de legislaciones. En 2003, había publicado un Plan de acción para la mejora de la calidad de la legislación, del que surgieron dos iniciativas distintas: de un lado, la revisión del acervo en materia de derecho contractual de consumidores –al que hicimos referencia anteriormente y del que resultó la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores- y, de otro, la creación de un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual.

Por otro lado, otros grupos de trabajo académico habían sido creados de manera simultánea. Así, en 1999 se creó el Study Group on a European Civil Code (Study Group), como sucesor de la Comisión Lando, que elaboró los Principios de Derecho Europeo (conocidos como PEL, Principles of European Law), que no tratan teoría general del contrato sino contratos especiales y que fueron publicados desde 2007. También se había creado el Research Group on EC Private Law (Acquis Group), con la finalidad no de crear nuevas reglas, sino de armonizar las existentes y buscar soluciones a problemas de integración entre ellas. El grupo formuló los Acquis Principles en 2007, con un contenido muy parecido a una teoría general del contrato.

Ambos grupos unieron sus esfuerzos para formular un borrador o proyecto de Marco Común de Referencia, que se publicó en una primera versión en 2007 y una revisión en 2009. Como indica la doctrina, el DCFR no es una suma o yuxtaposición de

⁸⁹¹ Un estudio detallado sobre los PECL puede encontrarse en PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., “El proceso de modernización del Derecho contractual europeo”, Madrid, 2014, págs. 89-139.

los Acquis Principles y de los PECL, sino una nueva exposición de la teoría general y una nueva versión de estos últimos⁸⁹².

El DCFR⁸⁹³ se divide en tres partes⁸⁹⁴: los *Principles* –principios básicos y universales que impregnan su texto, como la libertad, la seguridad, la justicia y la eficiencia-; las *Definitions* – una amplia lista de definiciones que pretenden evitar cualquier tipo de error en la interpretación de los conceptos utilizados en sus reglas modelo, así como posibilitar que los legisladores nacionales los utilicen para sus normas estatales-; y las *Model Rules*, verdadero núcleo del texto y que se refiere no sólo a la teoría general del contrato, sino también determinados tipos de contrato, responsabilidad precontractual, enriquecimiento injusto, etc.

El desistimiento se regula en el DCFR en el capítulo V del Libro II y se encuentra dividida en dos secciones, la primera relativa al ejercicio y efectos del derecho de desistimiento (que incluye los arts. 5:101 a 5:106) y la segunda dedicada a particulares derechos de desistimiento, que incluye los relativos a las ventas fuera de establecimiento mercantil (art. 5:201) y a los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido (art. 5:202).

La regulación, en general, recoge los elementos y caracteres propios del derecho de desistimiento formulados por el derecho comunitario⁸⁹⁵, resultando de interés tan sólo la primera sección, pues la relativa al desistimiento en los específicos contratos carece de relevancia práctica pues su contenido no puede imponerse a las Directivas específicas que los regulan.

⁸⁹² VALPUESTA GASTAMINZA, E. “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo, 2013, Vol. 5, nº 1, pág. 201.

⁸⁹³ Puede consultarse una versión en inglés en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf (última consulta realizada, 24 de mayo de 2017).

⁸⁹⁴ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., “El proceso de modernización del Derecho contractual europeo”, Madrid, 2014, págs. 144-146.

⁸⁹⁵ DIÉGUEZ OLIVA, R., “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, 2009, pág. 8.

En cuanto a las normas generales, el texto parte del carácter gratuito del desistimiento y reitera conceptos y reglas generales. Resulta reseñable, no obstante, el tratamiento que hace sobre la duración del plazo para ejercer el derecho y, en concreto, de dos cuestiones a las que ya nos hemos referido con anterioridad: de un lado, se fija un máximo de un año para su ejercicio aunque no se haya informado al consumidor sobre la existencia del derecho de desistimiento⁸⁹⁶; de otro, nada se establece respecto a la posibilidad de su ejercicio con posterioridad a la total ejecución del contrato⁸⁹⁷.

Una regla especial que se introduce en el art. 5:105 (5) para los supuestos de falta de información adecuada sobre el derecho de desistimiento es que en tal caso, el consumidor que desista no responderá de una eventual disminución del valor de lo recibido causada por su uso normal realizado desde la entrega de la cosa hasta el momento del desistimiento.

Finalmente, se regulan también los contratos vinculados en el art. 5:106 con reglas muy sencillas: si un consumidor ejercita el derecho de desistimiento en un contrato, los efectos del desistimiento se extienden a cualquier contrato vinculado, añadiéndose en el párrafo tercero que lo previsto en cuanto a los efectos del derecho de desistimiento se aplicará al contrato vinculado. Esto contrasta con la regulación en la comercialización a distancia de servicios financieros, que no establece ninguna previsión al efecto por lo que, según indicamos en el capítulo precedente, debe aplicarse el régimen del desistimiento del contrato principal al vinculado.

⁸⁹⁶ Según TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, mayo-agosto 2012, pág. 566, la regulación del DCFR se inspira en esta materia en los trabajos del Acquis Group, puesto que los PECL no lo preveían. Además, añade la autora que “Curiosamente, los comentarios al DCFR sostienen que el límite temporal de un año no está basado en el derecho comunitario ni en las legislaciones nacionales, para las que en su mayoría es una innovación, sino en el Derecho finlandés y en la necesidad de superación de la regulación tan incoherente en el Derecho comunitario e incluso más aún en las leyes nacionales”.

⁸⁹⁷ En este sentido, DIÉGUEZ OLIVA, R., “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, 2009, pág. 10, para quien “no queda claro en el texto del DCFR si es posible o no el ejercicio del derecho de desistimiento con relación a los contratos ya ejecutados, en especial, cuando, como hemos analizado anteriormente, no ha sido informado el consumidor acerca de la posibilidad de desistir del contrato”.

IV.5.2. La Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea.

La publicación del DCFR por el grupo académico que lo había elaborado no fue acogido por la Comisión Europea con entusiasmo, sino que dictó la Decisión 2010/233/EU de 26 de abril de 2010⁸⁹⁸, por la que se crea un Grupo de Expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo. El Grupo de expertos debía seleccionar las partes del DCFR pertinentes para el Derecho contractual y reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados, teniendo en cuenta también otros trabajos académicos y el acervo comunitario.

En junio de 2010, la Comisión publicó el Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas y propuso hasta siete vías de posible avance en la búsqueda de una mayor armonización o unificación.

La idea de la Comisión es que un instrumento de Derecho contractual europeo podría oscilar entre un instrumento no vinculante, dirigido a mejorar la coherencia y calidad de la legislación UE, y un instrumento vinculante que fijara una alternativa a la actual pluralidad de regímenes jurídicos contractuales nacionales, proporcionando un conjunto único de normas jurídicas contractuales. Partiendo de este punto, el Libro Verde planteó hasta siete opciones posibles que iban desde la simple publicación de los trabajos del Grupo de Expertos sin resolución alguna de la Unión Europea hasta la aprobación de un Código Civil europeo con derogación de todos los derechos nacionales, pasando por diversas soluciones intermedias.

Entre ellas se encuentran dos que entendemos de interés: de un lado, la creación de lo que denomina “una «*caja de herramientas*» oficial para el legislador”, que podría aprobarse bien por la Comisión, bien por una resolución conjunta de los tres órganos legisladores comunitarios y que se utilizaría como herramienta de referencia para garantizar la coherencia y calidad de la legislación, bien al redactar propuestas de nueva legislación o al revisar medidas en vigor.

⁸⁹⁸ DOUE núm. L. 105, de 27 de abril de 2010.

De otro lado, se planteaba la aprobación de un Reglamento que crease un instrumento optativo que se entendería como «segundo régimen» en cada Estado miembro, ofreciendo así a las partes la posibilidad de optar entre dos regímenes de Derecho contractual nacional⁸⁹⁹. Este instrumento optativo debería ofrecer un nivel de protección de los consumidores manifiestamente elevado y formaría parte de la legislación nacional de cada Estado miembro a efectos de Derecho privado internacional.

Además, este instrumento optativo podría acarrear beneficios importantes para el mercado interior sin necesitar de otras incursiones en el Derecho nacional. Por tanto, en sintonía con el principio de subsidiariedad, un instrumento optativo podría constituir una alternativa razonable a la armonización completa de los Derechos nacionales, ofreciendo una solución proporcionada a las barreras del mercado interior derivadas de legislaciones contractuales nacionales divergentes.

Esta fue la opción elegida. Así, el Grupo de Expertos realizó un estudio de factibilidad (feasibility) o viabilidad de un derecho contractual europeo para consumidores y empresarios, publicándose una versión primera en agosto de 2011 y una definitiva el 3 de mayo de 2011. A partir de ella, se redactó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea⁹⁰⁰, de 11 de octubre de 2011.

El régimen jurídico del desistimiento contenido en la Propuesta de Reglamento se contiene básicamente en el capítulo 4 de la Parte II del texto, denominada “carácter vinculante de un contrato”, aunque también se incluye como uno de los contenidos del contrato sobre los que debe ser informado el consumidor en los art. 13 y 17 y

⁸⁹⁹ Entre las ventajas de esta opción, se señalaba por la comisión que introduciría en las legislaciones nacionales de los 27 Estados miembros un conjunto amplio y, en la medida posible, autónomo de normas de Derecho contractual que podrían elegir las partes como ley aplicable a de sus contratos. Proporcionaría a las partes, especialmente a las que desearan operar en el mercado interior, un conjunto alternativo de normas. El instrumento podría ser aplicable en contratos transfronterizos únicamente o en contratos transfronterizos y contratos nacionales. Había de ser suficientemente claro para el usuario medio y que aportara seguridad jurídica, todo ello para establecer la confianza de las partes contratantes en el instrumento para que efectivamente lo eligieran como base jurídica del contrato.

⁹⁰⁰ COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

concordantes de la Propuesta. La regulación contenida en la Propuesta se ajusta a la normativa general del desistimiento, especialmente a la contenida en la Directiva 2011/83/UE, de protección de los consumidores, pudiendo destacarse los siguientes aspectos:

- a. Se mantiene la configuración tradicional del desistimiento, que puede ser ejercitado sin necesidad de indicar los motivos y sin coste alguno para el consumidor. Y se establece expresamente, en el art. 47 la naturaleza imperativa del mismo, no pudiéndose por tanto excluir la aplicación de las normas sobre desistimiento ni introducir excepciones al mismo ni modificar sus efectos en detrimento del consumidor.
- b. La forma de ejercicio del derecho ha de ser mediante notificación al empresario, pudiendo utilizarse el modelo incorporado como Apéndice a la Propuesta de Reglamento. También es posible desistir electrónicamente a través del propio sitio web del empresario, si bien en este caso, “el comerciante deberá acusar inmediatamente recibo de dicho desistimiento ante el consumidor en un soporte duradero”. La prueba de acreditar el ejercicio del desistimiento se impone al consumidor, si bien en caso de que lo haya llevado a cabo a través de la web de la empresa y el empresario no le acusara recibo del mismo tan pronto lo hiciera efectivo, éste respondería de cualquier pérdida que se le causara por este incumplimiento.
- c. Por lo que respecta al plazo, se establece en catorce días –que han de entenderse naturales- si bien se establece que en el caso de que el empresario no facilitara la información precisa al consumidor, se fija en el plazo de un año desde la expiración del plazo de desistimiento inicial. Se impone, por tanto, una solución limitadora de los derechos del consumidor y similar a la establecida en la Directiva 2011/83 y contraria al criterio mantenido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- d. En cuanto a las normas relativas a la liquidación del contrato tras el ejercicio del desistimiento, se sigue el modelo establecido en la Directiva 2011/83, si bien el plazo se reduce a catorce días –frente a los treinta establecidos para

los servicios financieros a distancia. Se introducen igualmente las normas sobre pago al empresario de la parte proporcional del servicio prestado hasta el momento del desistimiento, con el matiz de que ese importe proporcional ha de calcularse en relación con el objeto total del contrato. Igualmente se establece que en caso de ser excesivo ese importe proporcional calculado sobre el contrato total, será el valor de mercado el que se utilizará.

- e. Finalmente y respecto de los contratos vinculados se impone la norma, ya comentada anteriormente, de aplicar por analogía las normas sobre desistimiento previstas para el contrato principal.

IV.5.3. La propuesta de modernización del Código Civil.

Nuestro país no ha sido ajeno a la tendencia europea a la integración y unificación del Derecho patrimonial privado. La muestra más relevante ha sido precisamente la Propuesta de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación⁹⁰¹.

La Comisión General de Codificación fue creada mediante un Real Decreto de 19 de agosto de 1843, como un instrumento al servicio del proceso codificador que desde finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX se estaba llevando a cabo en la Europa continental⁹⁰², siendo su principal logro la redacción y aprobación del Código Civil de 1889. Se encuentra regulada en la actualidad por el Real Decreto 845/2015, de 28 de setiembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Comisión General de Codificación⁹⁰³.

⁹⁰¹ Publicada por el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, enero 2009, Año LXIII.

⁹⁰² JEREZ DELGADO, C., PÉREZ GARCÍA, M.J., “La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, 2009, págs. 158.

⁹⁰³ BOE núm. 235, de 1 de octubre de 2015.

Se trata de un órgano asesor del Ministro de Justicia, al que se encuentra adscrito, cuyas competencias son la preparación de textos prelegislativos y de carácter reglamentario⁹⁰⁴ y se encuentra integrada por juristas de reconocido prestigio que acrediten, al menos, quince años de dedicación científica al Derecho o ejercicio profesional en el ámbito jurídico, procurándose asegurar en su designación la pluralidad de profesionales del Derecho.

La Comisión se encuentra integrada por diversas Secciones, entre las que destacan, a los efectos de nuestro trabajo, las Secciones de Derecho Civil y de Derecho Mercantil, que en los últimos años se encuentran trabajando sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos⁹⁰⁵.

Fruto de estos trabajos es la Propuesta de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, que viene a, por un lado, superar las deficiencias y carencias del Código Civil –cuya parte dedicada a las obligaciones y contratos no ha sido modificada esencialmente desde su redacción inicial en 1889- y, por otro, buscar la mayor aproximación posible de nuestro Derecho a otros ordenamientos europeos a la espera de su unificación o, al menos, armonización en el seno de la Unión Europea⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Según el art. 3 del Real Decreto citado, que aprueba sus estatutos, la Comisión General de Codificación tiene encomendadas las siguientes funciones: la preparación de la legislación codificada u otras propuestas normativas que expresamente le encomiende el Ministro de Justicia; la revisión de los cuerpos legales y leyes vigentes en las diversas ramas del Derecho y la exposición al Ministro de Justicia del resultado de sus estudios, con especial atención a la conveniencia de promover delegaciones legislativas conducentes a textos legales refundidos o iniciativas para consolidar, armonizar y simplificar disposiciones reglamentarias; la elaboración de proyectos que se relacionen con las actividades propias de su función, así como su propuesta al Ministro de Justicia; la elaboración de dictámenes o informes en aquellos asuntos de carácter jurídico que el Ministro de Justicia, otros departamentos ministeriales o el Gobierno sometan a su consideración; y la corrección técnica, de claridad del lenguaje jurídico y de estilo de los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones que le sea encomendada por el Ministro de Justicia.

⁹⁰⁵ JEREZ DELGADO, C., PÉREZ GARCÍA, M.J., “La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, 2009, págs. 165. Entre los temas que está abordando la Comisión se encuentran: a) la revisión y puesta al día de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles; b) la elaboración de un borrador de Anteproyecto de Ley sobre el Estatuto jurídico del empresario mercantil; c) la elaboración de un nuevo Código Mercantil; d) la actualización de la normativa sobre el contrato de transporte terrestre; e) la Propuesta de Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria; f) la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y g) la revisión del Código Penal.

⁹⁰⁶ Según la Exposición de Motivos de la Propuesta, apartado IV, es necesario que “las ya centenarias normas de nuestro Código Civil en esta materia sean examinadas, reexaminadas y en lo necesario

En efecto, debe tenerse en cuenta que –como también recoge la Exposición de Motivos de la Propuesta- el legislador de 1889 no estuvo especialmente preocupado por la regulación de las obligaciones y contratos, sino que la situación política del momento se centró en las relaciones entre el Código Civil y las legislaciones forales, las relaciones con la Santa Sede al regular el matrimonio y sus efectos, y la tendencia a la aproximación del Derecho Sucesorio codificado al de otras regiones con regulación propia, especialmente en materia de legítimas.

Eso provocó que nuestro Código recibiera sin mayores críticas el Código Civil francés y el anteproyecto de 1851 de García Goyena. Como indica la doctrina, esto suponía acoger las reflexiones que surgieron primero de la obra de Pothier, que fue el primero en escribir un Tratado de las Obligaciones, y después en la obra de Savigny, que en realidad habían generalizado soluciones del Derecho Romano que estaban destinados a regular solo algún tipo de obligación, especialmente las procedentes de la *stipulatio*⁹⁰⁷. Prueba de ello es que la Ley de Bases de la que surgió el Código Civil, sólo dedicara a la materia las Bases 19 y 20, la primera de ellas a modo de recordatorio de las materias que había que regular⁹⁰⁸ y la segunda limitándose a establecer la teoría

sustituidas por otras”, para lo que es necesario “tratar de eliminar las posibles dosis de arbitrariedad que en la aplicación de los añejos conceptos pudieran existir y, al mismo tiempo, dotarlas de operatividad de manera que la suerte de los contratos y de las obligaciones resulte aquella que concuerde mejor con el desarrollo económico”.

⁹⁰⁷ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2130, Abril de 2011, pág. 2. Según el autor “tanto en un caso como en el otro, lo que se hizo fue generalizar soluciones de los textos antiguos que contemplaban solamente algún tipo de obligación. Como se ha señalado en alguna ocasión, la mayor parte de ellas procedían del tratamiento de las obligaciones nacidas de estipulaciones que, por consiguiente, resultaban muy difíciles de aplicar a otro tipo de relaciones obligatorias. En principio, las obligaciones nacidas de estipulación, que es una obligación nacida de un negocio abstracto -no se olvide-, son inaplicables cuando se trata de obligaciones nacidas de relaciones contractuales y, en especial de contratos con obligaciones reciprocas, como los llama el art. 1.124 CC, o de obligaciones sinalagmáticas, pues una de las características de la evolución jurídica ha sido el crecimiento de los contratos y la traslación de los problemas del Derecho de obligaciones al Derecho de contratos”.

⁹⁰⁸ Así lo indica la Exposición de Motivos de la Propuesta, apartado II. El contenido de la Base 19 es el siguiente: “La naturaleza y efectos de las obligaciones serán explicados con aquella generalidad que corresponda a una relación jurídica cuyos orígenes son muy diversos. Se mantendrá el concepto histórico de la mancomunidad, resolviendo por principios generales las cuestiones que nacen de la solidaridad de acreedores y deudores, así cuando el objeto de la obligación es una cosa divisible, como cuando es indivisible, y fijando con precisión los efectos del vínculo legal en las distintas especies de obligaciones, alternativas, condicionales, a plazo y con cláusula penal. Se simplificarán los modos de extinguirse las obligaciones, reduciéndolos a aquellos que tienen esencia diferente, y sometiendo los demás a las doctrinas admitidas respecto de los que como elementos entran en su composición. Se

del título y el modo para la adquisición de la propiedad así como enumerando aquellas cuestiones a regular, lo que debía hacerse siguiendo los principios consagrados por las legislaciones modernas⁹⁰⁹.

La Propuesta incide en los problemas de la legislación actual: de un lado, la masificación y estandarización de la materia contractual a través de las condiciones generales de la contratación; de otro, la globalización y consecuente multiplicación de relaciones transfronterizas. Es por ello que acoge como modelos diversos textos internacionales, de Derecho positivo o no, disponibles en ese momento y que cubren esas nuevas necesidades: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil, adoptada en Viena en 1980⁹¹⁰, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT)⁹¹¹ y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos elaborados por la Comisión Lando⁹¹², serán sus fuentes de inspiración. También se inspira en la Ley de Modernización del Derecho de

fijarán, en fin, principios generales sobre la prueba de las obligaciones, cuidando de armonizar esta parte del Código con las disposiciones de la moderna Ley de Enjuiciamiento Civil, respetando los preceptos formales de la legislación notarial vigente, y fijando un máximo, pasado el cual, toda obligación de dar o de restituir, de constitución de derechos, de arriendo de obras o de prestación de servicios, habrá de constar por escrito, para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución”.

⁹⁰⁹ La Base 20 establece: “Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aún en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente. Igualmente, se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto a la capacidad como en cuanto a la libertad de los que le presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación, y sobre los motivos que las anulen y rescinden”.

⁹¹⁰ España se adhirió a la Convención mediante Instrumento de Adhesión de 17 de julio de 1990, publicado en BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991. La Convención es el resultado final de un proceso que se inició en 1928 cuando el presidente del UNIDROIT, Scialoja, propuso, entre las primeras tareas a acometer por el Instituto, la regulación de las compraventas internacionales de mercaderías.

⁹¹¹ La primera versión de los Principios para los contratos comerciales internacionales se publicó en 1994 con la intención de remediar algunas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable, la Convención de Viena de 1980. Carecen de fuerza vinculante alguna más que su propia *auctoritas* y el sometimiento a los mismos de las partes contratantes. Una exposición de los mismos puede consultarse en AA.VV. (ALVARADO HERRERA, L., Y OTROS), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, 1999.

⁹¹² Los conocidos por sus siglas en inglés PECL, a que nos hemos referido con anterioridad en este capítulo.

Obligaciones de 2001 de la República Federal Alemana que introdujo importantes modificaciones en el Código civil alemán.

Un último apunte a tener en cuenta sobre la Propuesta elaborada por la Comisión General de Codificación, y especialmente relevante a nuestros efectos, es la incorporación de lo que denomina “*las incesantes normas aparecidas en los últimos veinte o veinticinco años en la materia que hoy se conoce como Derecho de Consumo y, en particular, con el régimen jurídico de los contratos con consumidores*”⁹¹³. Al respecto, tras exponer las dos posturas que puede acoger el legislador, incluir las normas en leyes especiales incluyendo en el Código Civil tan sólo una somera remisión a las mismas, o bien incluir en el mismo el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales realizando la remisión tan sólo en aquellos puntos que el casuismo de las normas sea mayor, se decanta por esta última, al igual que hace la ley alemana sobre modernización del derecho de obligaciones.

A consecuencia de esta asunción del Derecho de consumidores, el desistimiento es regulado expresamente en la Propuesta, si bien no con carácter general sino al hacer referencia a tipos de contratos que lo incluyen, como ocurre con el contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil (art. 1265 de la Propuesta), el contrato celebrado a distancia (art. 1267 de la Propuesta) y el contrato electrónico (regulado en el art. 1268 de la Propuesta).

En efecto, la Propuesta no incluye el desistimiento como una de las causas de extinción de las obligaciones⁹¹⁴, sino que se incluye una referencia al mismo en las Secciones quinta, sexta y séptima del Capítulo II (“De la formación de los contratos”) del Título II (“De los contratos”) del Libro IV del Código Civil en su nueva redacción⁹¹⁵.

⁹¹³ Exposición de Motivos, apartado IX de la Propuesta.

⁹¹⁴ De hecho, como se indica en el último párrafo del apartado V de la Exposición de Motivos de la Propuesta, “*el texto que se propone no dedica un título o capítulo específico a la extinción de las obligaciones sino que regula tres figuras como la novación extintiva, la remisión y la confusión*”.

⁹¹⁵ Resulta una osadía por parte del autor de este trabajo criticar el resultado del trabajo de la Comisión General de Codificación, compuesta de grandes juristas, pero no podemos dejar de apuntar que resulta llamativa la sistemática de este capítulo segundo del Título II, dedicada a la formación del contrato. Tras las primeras Secciones, dedicadas a las negociaciones, la formación del contrato por oferta y aceptación y otros procedimientos de formación del contrato, se incluye una cuarta dedicada a las condiciones

La regulación de los concretos tipos de contratos sigue de cerca la que tenían al momento de la elaboración de la Propuesta en el TRLCU, por lo que en caso de que se convirtiera en Proyecto de Ley, deberá ser objeto de adecuación a la redacción actual del mismo, introducida como consecuencia de la trasposición de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores⁹¹⁶.

Uno de los aspectos más reseñables es que incorpora a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil la existencia de un límite para el ejercicio del derecho de desistimiento, al disponerse en el párrafo segundo del art. 1265.1 que si el empresario no cumple los deberes de información al consumidor sobre la existencia del derecho a desistir y de entregarle un formulario de desistimiento, el plazo se amplía a tres meses desde que se entregó el bien a que se refiere el contrato o se celebró el mismo en caso de que se refiere a la prestación de un servicio. Idéntica solución se toma en los contratos celebrados a distancia en el art. 1267.11 de la Propuesta, aunque en este caso es aún más desfavorable para el consumidor al remitirse sólo a la información a que se refiere el apartado 6 del precepto (la mera existencia del derecho de desistimiento) y no incluir referencia alguna respecto del apartado 7 del mismo (que exige la información adicional sobre las “*condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de revocación*”⁹¹⁷).

Esta solución, que no existía al momento de la elaboración de la Propuesta en la norma vigente para este tipo de contratos, se inspira en la reforma de la Directiva de

generales de la contratación, lo que puede estar justificado por provenir de un tipo de contratación, la contratación por adhesión, cuya especialidad surge del procedimiento seguido en la formación del contrato. Pero el hecho de situar a continuación tres tipos de contratos concretos dedicándoles a cada uno de ellos una sección específica no nos parece muy acertado. Es cierto que son contratos claramente de adhesión y en los que existen condiciones generales, pero quizá habría sido más conveniente otra sistemática distinta.

⁹¹⁶ Especialmente relevante en cuanto a los plazos de ejercicio del desistimiento se refiere, pues aunque la Propuesta unifica el plazo en ambas modalidades de contrato, a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil, lo fija en siete días (hábiles para los primeros y sin especificar, y por tanto, naturales, para los segundos).

⁹¹⁷ Curiosamente, en este precepto, relativo a los contratos a distancia, se desliza la referencia al derecho de revocación en vez de desistimiento.

Consumidores⁹¹⁸ que sí establece un límite para el ejercicio del derecho (aunque fijado en un año) y supone, como ya hemos indicado anteriormente, un retroceso en la protección al consumidor.

Por lo que respecta la regulación del contrato celebrado a distancia, y sin perjuicio de lo ya indicado, son reseñables a nuestro juicio dos cuestiones distintas:

- a. Una primera es la regulación en secciones distintas, de los contratos a distancia por un lado —entendidos como los celebrados entre un profesional y un consumidor o usuario, sin la presencia física de los contratantes, cuando la oferta y la aceptación se realicen exclusivamente mediante técnicas de comunicación idóneas para ello, dentro de un sistema organizado por el citado profesional- y de la denominada “contratación electrónica”, por otro. Esta contratación electrónica se caracteriza, de acuerdo con el art. 1268, por la utilización de técnicas electrónicas *para celebrar contratos a distancia*⁹¹⁹, por lo que, claramente, constituye una subespecie de los contratos a distancia. Coherentemente con ello, la única referencia al derecho de desistimiento contenida en este precepto es la relativa al inicio del plazo de desistimiento que empezará a contar cuando se cumplan los requisitos especiales de información establecidos en la norma. Esto, sin embargo, no se cohonestaba bien con la previsión contenida en el apartado 4 del precepto, que permite excluir la aplicación del precepto en los casos en que ninguno de los contratantes tenga la consideración de consumidor o cuando el contrato se celebre mediante correo electrónico o comunicación

⁹¹⁸ También puede apreciarse la influencia de la, en aquel momento, Propuesta de Directiva en el contenido del art. 1266.2.1º, que establece la no aplicación del régimen de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil cuando se celebren en la vivienda o en el centro de trabajo del consumidor o usuario “*con ocasión de una reunión o visita solicitada expresamente por éste y que haya tenido lugar en el tiempo por él señalado o, en su defecto, en el que sea razonable atendiendo a la naturaleza objeto del contrato y siempre que tal reunión se haya desarrollado de acuerdo con la finalidad previamente establecida*”. Supone, no obstante, una extensión del supuesto contemplado en la Directiva que se limita a las “*situaciones en las que los comerciantes acudan al domicilio del consumidor con el propósito estricto de tomar medidas o presentar un presupuesto sin compromiso por parte del consumidor y el contrato se celebre en un momento posterior en el establecimiento mercantil del comerciante o a través de un medio de comunicación a distancia sobre la base del presupuesto presentado por el comerciante*”.

⁹¹⁹ La cursiva es nuestra.

individual equivalente⁹²⁰, supuestos ambos que no estarían incluidos en el ámbito de aplicación de los contratos a distancia establecidos en la sección anterior.

- b. La segunda observación que merece ser destacada –y que guarda cierta relación con la anterior- consiste en el análisis de la referencia contenida en el art. 1267.1 a la aplicación de este Código y de la legislación especial para la defensa de los consumidores o usuarios a los contratos a distancia. No parece muy coherente una regulación exhaustiva de la materia y la remisión a la legislación especial. Remisión que no se hace en la Propuesta en relación con los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil contenida en los preceptos anteriores. Si lo que se pretende es la regulación del Derecho de Consumo dentro del Código Civil –como parece indicarse en la Exposición de Motivos de la Propuesta- ha de hacerse plenamente, no dejando ninguna cuestión extramuros del mismo.

Lo anterior enlaza con una cuestión de mayor calado –y, por tanto, excluida de este trabajo de investigación-, cual es si la regulación de los contratos con consumidores ha de ser incluida en el Derecho Civil (y por tanto, en el Código Civil) o en el Derecho Mercantil (y por tanto, en el Código de Comercio). Cuestión ésta ampliamente debatida por la doctrina especialmente tras la elaboración por la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación de una Propuesta de Código Mercantil.

IV.5.4. La propuesta de Código Mercantil.

Mediante Orden de 7 de noviembre de 2006, el Ministro de Justicia encomendó a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la

⁹²⁰ Excede el ámbito de investigación de este trabajo, pero no podemos dejar de destacar este aspecto de encaje contractual. Si se considera que la contratación electrónica es una modalidad de contratación a distancia –y así parece deducirse del 1268.1 cuando establece que “quien con la finalidad de celebrar contratos a distancia se valga de técnicas de comunicación electrónica...”- ha de definirse la contratación a distancia y el art. 1267.1 sólo se refiere a los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor o usuario.

elaboración de un Código Mercantil que sustituyera al Código de Comercio de 1885, al que se califica de totalmente superado no sólo en sus planteamientos decimonónicos, sino también por la abundancia de leyes especiales que dispersan la regulación mercantil con negativos efectos para el mercado. El nuevo texto ha de integrar y delimitar la legislación mercantil y completarla, en su caso, para que abarque a todas las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado.

La Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación ha llevado a cabo sus trabajos durante un largo período de tiempo que concluye con la publicación de la Propuesta de Código Mercantil⁹²¹ (en adelante, la PCM), que fue remitida al Ministro con fecha 17 de junio de 2013.

Como se indica en el apartado I-9 de su Exposición de Motivos, la PCM, de acuerdo con las modernas tendencias doctrinales, con los postulados de la constitución económica en que ha de insertarse el cuerpo legal y con la realidad del tráfico, procede a una delimitación de la materia mercantil *“a partir de un concepto básico: el mercado como ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial”*. En ese sentido, la Exposición de Motivos se hace eco del propio Código de Comercio al que viene a sustituir la PCM cuando anunciaba su carácter innovador al considerar el Derecho Mercantil bajo una faz completamente nueva.

Eso mismo viene a hacer la PCM, que supera el concepto de acto de comercio del Código de 1885 –ya muy abandonado en la práctica– y acude al concepto de mercado para acometer, según anuncia, la existencia de numerosas leyes especiales que han vaciado de contenido a su predecesor. Se hace referencia así en el apartado I-5 de la Exposición de Motivos a *“materias no contempladas en el Código (la sociedad de responsabilidad limitada, la competencia, la propiedad industrial, la defensa de los consumidores, la contratación electrónica) o derogatorias de partes de éste (como las relativas a la sociedad anónima, a la bolsa y a los agentes mediadores colegiados, transporte terrestre, al seguro, a la letra de cambio y al cheque, a la suspensión de pagos y a la quiebra), que han provocado un progresivo vaciamiento del Código”*.

⁹²¹ Publicada en junio de 2013 por el Ministerio de Justicia.

Sin embargo, no se ha llegado tan lejos pues ni la materia de defensa de los consumidores ha sido integrada en la PCM ni tampoco la materia concursal.

Esto ha tenido su reflejo en la materia objeto de este trabajo, pues el desistimiento en los contratos con consumidores apenas aparece en el clausulado de la PCM, aunque sí se aprovecha para utilizar su denominación en supuestos anteriormente regulados en el Código Civil. Así ocurre con la regulación del ahora denominado contrato de obra por empresa⁹²², que incluye entre las causas específicas de extinción el desistimiento del contrato por el comitente, que podrá ser consumidor o no. Este desistimiento, heredero del establecido en el art. 1594 del Código Civil –al que no se deroga expresamente- permite al comitente desistir por su sola voluntad de la obra con indemnización al contratista de los gastos y el trabajo realizado, así como el beneficio que habría obtenido de haberla terminado.

Otra regulación del derecho de desistimiento se contiene en el art. 531-7 referido al contrato de servicios que por fin es objeto de regulación actualizada⁹²³. De acuerdo con el mismo, el ordenante –que podrá ser consumidor o no, podrá desistir de manera unilateral y en cualquier momento del contrato, incluso aunque los servicios hubieran empezado a prestarse. No obstante, en caso de desistir, habrá de resarcir al contratista de todos los gastos en que hubiera incurrido, así como pagar el precio de los servicios ya realizados más un porcentaje razonable del precio de los pactados y no llegados a realizar.

El art. 534-11.b contempla una causa específica de extinción del contrato de intermediación de servicios turísticos sueltos o aislados definido como el contrato por el que una agencia de viajes, organizadora o detallista, se compromete a prestar a una persona física o jurídica y a cambio de un precio, uno o varios servicios sueltos o

⁹²² Definido en el art. 521-1 como aquel por el que “*el contratista, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se obliga frente al comitente a ejecutar una obra determinada a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos*”, entendiéndose por obra “*la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes*”.

⁹²³ El art. 531-1 lo define como aquel contrato en el que “*el prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado*”.

aislados o una combinación de los mismos que no constituya un viaje combinado. En estos casos, el usuario, de manera paralela a la regulación en materia de viajes combinados, tiene un derecho de desistimiento, sin perjuicio del pago de las penalizaciones o indemnizaciones que correspondan conforme a la ley o el contrato.

Finalmente, el art. 673-9 regula el derecho de desistimiento del contratante de una tarjeta –de crédito o de débito. En el apartado 1 del precepto se permite la denuncia unilateral del contrato por parte del contratante, en cualquier momento y sin necesidad de preaviso aunque con la carga de la devolución de la tarjeta vigente o declaración de haber sido destruida; por su parte, en el apartado 2º del precepto se permite la denuncia unilateral por parte del emisor, si bien se remite para su regulación a la normativa en materia de servicios de pago.

Una última referencia al derecho de desistimiento –aunque se califica como de revocación- se contiene en el art. 322-3.2.c de la PCM, al considerar información sustancial la relativa a la existencia de un derecho de revocación o cancelación de un contrato. La omisión de esa información sustancial supone su consideración como engañosa y, consecuentemente, un acto de competencia desleal en relación con el suministro de información sobre un contrato con consumidores.

Del repaso de las diversas normas contenidas en la PCM sobre desistimiento, y especialmente de la ausencia de ellas, podemos concluir que la Comisión General de Codificación no ha aprovechado la oportunidad de incluir como materia mercantil la relativa a los contratos con consumidores, lo que es acorde con el hecho de tratarse de contratos propios de la actividad del mercado⁹²⁴.

IV.6. El futuro del derecho de desistimiento.

Tras el repaso, necesariamente breve, que hemos realizado a las principales normas o instrumentos jurídicos promulgadas o aprobados con posterioridad a la LCDSFC, podemos extraer una conclusión clara, cual es la reafirmación del derecho de

⁹²⁴ No es este el lugar adecuado para el debate sobre si la materia relativa al llamado Derecho del consumo debe enmarcarse en la disciplina civil o mercantil, sobre el que la doctrina está dividida en función de la dedicación de cada autor. Pero nos parece más acertado, en tanto subsista la distinción entre ambas ramas del Derecho, que el ordenamiento jurídico que disciplina la actividad del mercado sea de aplicación tanto a los empresarios como a los consumidores. No es posible un empresario sino frente a un consumidor, y viceversa, y no parece lógico que el régimen jurídico de cada uno de ellos sea distinto.

desistimiento y la evidencia de que continuará desempeñando una labor importante en el futuro.

No obstante, no faltan voces críticas en la doctrina⁹²⁵ que apuestan por algunos cambios que deben introducirse en relación con el desistimiento⁹²⁶, figura que es considerada como inapropiada en muchos escenarios. Se indica, en tal sentido, que en la contratación a distancia no puede justificarse el desistimiento en la compensación de asimetrías de información pues las posibilidades del consumidor de obtenerla son amplias, así como abundante la oferta de servicios similares de otros competidores. Tampoco puede basarse en la deficiente autodeterminación del consumidor, pues, según se indica, el consumidor sentado en su casa frente al ordenador no tiene presión alguna para la contratación.

Otra de las cuestiones que se plantea es la llamada “subsidiación cruzada” (*cross-subsidization*) de un grupo de consumidores por otro grupo. Se afirma que los datos empíricos acreditan que hay un determinado porcentaje de consumidores muy proclives a la utilización del desistimiento, mientras que existe otro grupo que no suele utilizarlo.

La solución que se propone es convertir el derecho de desistimiento en una opción, de tal modo que sea el propio consumidor quien decida si desea contratar con posibilidad de desistimiento o sin ella, siendo el juego de la competencia y el mercado los que definirían el precio en cada caso. En definitiva, se propone establecer el derecho

⁹²⁵ Quizá la crítica más furibunda sea la de CARRASCO PERERA, A., “Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los consumidores”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, CAMARA LAPUENTE, S. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coord.), Madrid, 2012, pág. 312, para quien el derecho de desistimiento “no da juego para más desarrollos en cuanto a su perfeccionamiento técnico. Se trata de un instrumento de protección muy secundario, y apenas encuentra aplicación dentro de los contratos celebrados fuera de establecimiento. No hay derecho de desistimiento en la venta on line, no ya sólo porque los operadores de estos mercados de hecho no lo reconocen en sus condiciones generales, sino porque el coste del reenvío llegaría a ser gravosísimo para el comprador, bastante para desestimular el arrepentimiento del consumidor. Son condiciones fácticas más que jurídicas las que ponen un límite a la practicabilidad de este medio de protección”.

⁹²⁶ EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, CAMARA LAPUENTE, S. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coord.), Madrid, 2012, págs. 129-146.

de desistimiento como “una opción imperativa que las partes pueden aceptar o rechazar”⁹²⁷.

En definitiva, el derecho de desistimiento operaría como un seguro del consumidor frente al riesgo de averiguar tras la entrega que el producto o servicio no vale realmente el precio que se ha pagado. El precio adicional que se pagaría por tener la opción de desistir jugaría a modo de *prima del seguro*.

Sin perjuicio de que no compartimos algunas de estas críticas doctrinales a la existencia del derecho de desistimiento —estamos seguros de que la adquisición a distancia de servicios financieros aleja al consumidor del riesgo de presión psicológica sobre el mismo por los empleados del empresario, pero seguimos entendiendo imprescindible superar las asimetrías de información entre las partes—, sí son razonables algunas de sus propuestas.

Es evidente la necesidad de que el desistimiento sea útil. Es decir, el origen del desistimiento en la contratación a distancia es la posibilidad del consumidor de darse cuenta, cuando recibe el bien adquirido, de darse cuenta de que no es adecuado a sus necesidades. Consecuentemente, si durante el periodo de desistimiento no es posible al consumidor alcanzar esta conclusión, la figura deviene innecesaria⁹²⁸.

En el ámbito financiero, son muy abundantes los supuestos en los que la posible falta de adecuación del producto a lo realmente necesitado por el consumidor no se pone de manifiesto en el breve periodo de duración del derecho de desistimiento. Cuando un consumidor adquiere un producto financiero a distancia o contrae un crédito, el

⁹²⁷ EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, CAMARA LAPUENTE, S. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coord.), Madrid, 2012, pág. 118. Según se indica, esta alternativa para el consumidor entre contrato con y sin derecho de desistimiento presenta la ventaja de que “sólo aquellos consumidores que se benefician de tales derechos contratarían y pagarían por la opción de desistimiento. De manera que emergería un equilibrio distinto en el que existirían dos tipos de contratos en el contexto de la contratación a distancia: los contratos con derechos de desistimiento a cambio de un precio mayor y los contratos sin derechos de desistimiento a cambio de un precio menor. El diferencial de precios, en un mercado competitivo, reflejará los costes marginales de las empresas y, por tanto, será pequeño”.

⁹²⁸ La doctrina se refiere, en tal caso, al concepto de “*credence goods*”, es decir, aquellos bienes cuyas cualidades no pueden verificarse plenamente ni tras usar el producto. Concepto opuesto al de “*experience goods*”, que son aquellos bienes cuyas cualidades se revelan con el uso.

transcurso de catorce (o treinta) días no le va a aportar ninguna ventaja. De ahí que la opción propuesta de alternativa entre contratos con y sin derecho de desistimiento nos parezca acertada. Precisamente, en esa línea se mueve la Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea, al establecer un régimen optativo por las partes.

Simultáneamente a la introducción de contratos que pudieran no conllevar derecho de desistimiento, habrían de incrementarse los deberes de información del empresario así como establecer un régimen de garantías suficiente para asegurar su cumplimiento. El riesgo en tal caso sería el de excesiva publicación de las relaciones contractuales al ser las Administraciones públicas y el régimen sancionador el instrumento más eficaz de protección del derecho de información, en ausencia del desistimiento.

Una cuestión sobre la que sí parece haber consenso –y con la que estamos de acuerdo- es la necesidad de poner un límite a la posibilidad del ejercicio del derecho de desistimiento en aquellos casos en que no se haya facilitado la información sobre el mismo. Si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha manifestado hasta la fecha en favor del ejercicio indefinido del desistimiento –con el límite de la total ejecución de las prestaciones-, la normativa más reciente, constituida por la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, apunta en esa línea, si bien ampliando el plazo considerablemente.

En el mismo sentido se manifiesta la doctrina que si bien recalca que el plazo de desistimiento no debería comenzar si el consumidor no fue correctamente informado de su derecho a desistir, sin embargo, considera necesario un plazo final específico para cada transacción con independencia de si el consumidor fue debidamente informado⁹²⁹.

Como conclusión, podemos afirmar que si bien la configuración normativa de la figura está claramente definida y asentada en doctrina y jurisprudencia, sin embargo aún queda espacio para ulteriores desarrollos del mismo. Y entre ellos, entendemos muy relevante la inclusión de la buena fe del consumidor como requisito para el ejercicio del derecho de desistimiento.

⁹²⁹ EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, CAMARA LAPUENTE, S. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coord.), Madrid, 2012, pág. 138.

V. CONCLUSIONES

1. El derecho de desistimiento ocupa en la actualidad un lugar central en la protección del consumidor y el fomento de la competencia en los mercados. No se trata de un derecho reconocido universalmente sino que la legislación tan sólo lo establece en determinados tipos de relaciones jurídicas debidos a las características que presentan. Entre esas relaciones jurídicas en las que se regula este derecho figura la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores.

2. El Derecho es un instrumento para la convivencia social, de tal modo que toda situación en la que existan relaciones interpersonales debe ser objeto de regulación. Las nuevas situaciones requieren el dictado de normas que las regulen. La introducción en la vida social y económica de los avances tecnológicos requiere la aparición de nuevas normas que se adapten a ello. La aparición del comercio electrónico, a finales del siglo XX, ha propiciado el nacimiento de un nuevo Derecho, que trata de adaptar el ordenamiento jurídico a las nuevas formas de contratación por medios electrónicos. Partiendo del respeto al Derecho de obligaciones y contratos y siendo la forma escrita el modo más habitual de manifestación del consentimiento, se reconoce la equiparación entre la firma manuscrita y la efectuada por medios electrónicos, bien sea a través de las técnicas existentes en la actualidad, bien sea a través de otras que en un futuro puedan originarse por los avances tecnológicos. Este esquema se completa con la reafirmación de la fuerza vinculante de lo pactado entre las partes y de la buena fe que debe regir toda relación jurídica. Como puede observarse, a pesar de tratarse de un nuevo Derecho que viene a regir relaciones jurídicas novedosas, el armazón jurídico del sistema no difiere mucho de nuestro Ordenamiento jurídico, basado en el Derecho Romano.

3. El Derecho aplicable al comercio electrónico ha de adaptarse también a los cambios experimentados en la sociedad. Nuestro sistema jurídico descansa en los textos codificados elaborados en el siglo XIX, que eran propios de su época y por tanto descansaban en las ideas liberales tanto en lo económico como en lo personal. El paradigma de nuestro sistema de contratación descansa en la absoluta libertad de las partes contratantes para alcanzar cualquier acuerdo, al que pueden dotar de contenido y que les vincula con la fuerza que le reconoce la Ley. Este modelo jurídico, apropiado para una sociedad con una actividad económica reducida, sufre tensiones a mediados del siglo XX, cuando la sociedad de consumo se implanta como modelo y la aparición de grandes empresas provoca que los contratos ya no se negocian, sino que se establecen unilateralmente, no quedando a quienes quieran adquirir sus productos y servicios más opción que adherirse a los mismo. La reacción del ordenamiento jurídico a esta nueva situación consiste en la aprobación de normas que protejan a la parte más débil de la relación jurídica, es decir, al consumidor, imponiendo al empresario especiales deberes de información y exigencias formales, así como, en algunos casos, la posibilidad del consumidor de poner fin al contrato sin necesidad de motivo alguno.

4. La tendencia legislativa a proteger a la parte más débil de la relación contractual tiene antecedentes en nuestro país que se remontan incluso a la época de la codificación. No obstante, será a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando se intensifique, especialmente tras la incorporación de España a la Comunidad Económica

Europea. La Comunidad, nacida con la pretensión exclusiva de crear un mercado común para todos sus integrantes –y, de este modo indirecto, a través de la generación de una comunidad de intereses, conseguir una paz duradera en Europa-, pronto se dio cuenta de que no podía dejar al margen la protección de los consumidores. Así, se fue generando una normativa tuitiva del consumidor, que se reforzó aún más cuando la Comunidad Económica se transformó en Unión Europea y cuando al impulso normativo de la Comisión se sumó la labor legislativa del Parlamento Europeo como directo representante de los pueblos de Europa.

5. La figura jurídica utilizada para la creación de esta regulación protectora del consumidor fue la Directiva, un instrumento híbrido entre la norma jurídica directamente aplicable –impulsado por el Tribunal de Justicia, destacado protagonista de la integración europea a través del Derecho- y la obligación del Estado de introducción de su contenido en el ordenamiento jurídico interno. Con los vaivenes propios de la integración europea y el mayor impulso en los últimos tiempos, el ordenamiento comunitario ha generado una amplia cobertura protectora del consumidor que ha sido trasladada a los ordenamientos jurídicos estatales por los Estados. La materia objeto de este trabajo no ha quedado al margen de esta regulación, aprobándose la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. La Directiva, tras un dilatado período de tiempo, lleno de avatares propios del proceso legislativo, fue finalmente traspuesta al ordenamiento interno mediante la Ley 22/2007, de 11 de julio. En ambas normas ocupa un papel esencial el derecho de desistimiento, entendido como la facultad conferida al consumidor de extinguir una relación jurídica, sin dar explicaciones de ningún tipo y sin coste alguno, durante un breve período de tiempo desde la contratación.

6. La figura del desistimiento no se encontraba regulada expresamente en el Código Civil. El Código, muy apegado al Código francés y al Derecho Romano, tiene como uno de sus pilares fundamentales el principio *pacta sunt servanda*. En virtud del mismo, las partes han de estar a lo que libremente han pactado, que tiene fuerza vinculante para ellas, por lo que cualquier modificación del contrato ha de contar con el asentimiento de todos los intervinientes. Sin embargo, existían desperdigados por el texto del Código Civil diversos preceptos que, para relaciones jurídicas concretas, permitían a una de las partes extinguir el contrato por su sola voluntad, si bien los efectos previstos para cada una de estas situaciones eran diversos. La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo utilizaron estos preceptos particulares, así como la prohibición de vinculación perpetua, para elaborar una teoría según la cual nuestro ordenamiento admite la concesión contractual a una de las partes de una facultad extintiva de la relación, si bien con condiciones.

7. Cuando España se incorpora a la Comunidad Europea y ha de trasladar a su ordenamiento jurídico las Directivas comunitarias que desde 1985 habían configurado un derecho del consumidor a la extinción unilateral del contrato, utiliza la figura del desistimiento, si bien con abundantes dudas terminológicas en los primeros tiempos, en

que no se distingue entre rescisión, resolución o desistimiento. Se incorpora así en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y en los contratos a distancia, con diverso régimen, si bien con un elemento común: se protege al consumidor cuando se le permite durante un breve período de tiempo finalizar su relación contractual con el empresario sin tener que explicar los motivos y sin penalización alguna.

8. La figura del desistimiento ya está plenamente consolidada cuando se aprueba la Ley 22/2007 reguladora de la comercialización a distancia de servicios financieros. El fundamento del mismo viene constituido por una pluralidad de argumentos: la protección frente a la falta de información del consumidor o frente a la agresividad de ciertas técnicas de venta así como, en general, la intención de reequilibrar la posición jurídica de la parte más débil del contrato, que de este modo cuenta con un instrumento para “repensar” su contratación y modificar su voluntad si ésta no fue plenamente libre al momento de contraer las obligaciones. Se genera así una facultad *extraordinaria* pues permite a una de las partes retractarse de lo pactado y extinguir los efectos de un contrato ya perfeccionado. Como contrapartida a esta sobreprotección del consumidor, los empresarios obtienen una mayor competencia y un mayor atractivo de un sector inicialmente poco atractivo para el consumidor por los riesgos que comporta. La seguridad que obtiene el consumidor de que puede tener una *segunda oportunidad* para repensar su decisión y volverse atrás se convierte así en un incentivo para acudir a este mercado electrónico de servicios financieros.

9. El régimen jurídico del derecho de desistimiento presenta lagunas que a veces pueden colmarse con otras normas del ordenamiento jurídico pero que en otras ocasiones resulta imposible. El derecho de desistimiento se otorga al consumidor frente a un empresario o proveedor que comercializa sus servicios en una plataforma electrónica a tal efecto. Quedan fuera de la protección especial de la norma, por tanto, situaciones que son merecedoras de ella. Es de destacar la existencia, cada vez más frecuente en nuestros días, de transacciones electrónicas entre consumidores, para las que el ordenamiento jurídico no da más respuestas que los largos y complejos procedimientos de nulidad civil o el acceso a una vía penal que debe ser restringida al máximo. Tampoco la norma resuelve determinadas situaciones en que puede verse el consumidor y que propiciarán soluciones no satisfactorias. Un ejemplo de ello lo constituye el supuesto de pluralidad de contratantes, cuya ausencia de regulación provocará que no sea admisible por las entidades de crédito contratantes o que impongan una solución claramente desequilibrada. Los supuestos de representación o de fallecimiento del consumidor tampoco aparecen regulados y sin duda generarán una cierta conflictividad, especialmente por la tendencia claramente conservadora y formalista de las entidades de crédito. Si la simple acreditación de los herederos de un cliente bancario como tales y la disposición de los saldos por estos ya resulta toda una odisea, conseguir ejercitar el derecho de desistimiento respecto de un contrato perfeccionado electrónicamente por el causante se torna poco menos que una misión imposible. Debe reconocerse que la frecuencia de este tipo de situaciones no será alta,

pero si se pretende hacer accesible el mercado electrónico de servicios financieros y atractivo para el consumidor, deben regularse este tipo de situaciones.

10. Una de las cuestiones más polémicas sobre la regulación del derecho de desistimiento es todo lo relativo al plazo de su ejercicio, debido principalmente a la falta de precisión de las normas. No obstante, podemos concluir que los días para el ejercicio del derecho son naturales, se cuentan a partir del siguiente a la contratación y se trata de un plazo de caducidad. Las cuestiones más polémicas al respecto son la diferencia de plazos respecto de los seguros (treinta días) y el resto de productos (catorce) y la influencia que sobre el plazo tiene la falta de información correcta sobre el propio derecho de información. En esta cuestión, sobre la que existen diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debemos movernos entre lo absurdo que sería privar a una persona de un derecho cuya existencia desconoce por el simple transcurso del tiempo sin ejercitarlo y la necesidad de seguridad jurídica. La Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, que ha modificado el derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y los contratos a distancia, ha establecido un plazo máximo de un año, por lo que podemos concluir que, al menos, la tendencia a limitar el ejercicio del derecho en estos casos es una realidad. Si bien no es pacífico en la doctrina, en nuestra opinión, antes o después se producirá una modificación en la Directiva 2002/65 para limitar el tiempo de ejercicio del derecho en estas situaciones, lo que llevará a la modificación legal.

11. La forma de ejercitar el derecho de desistimiento se remite al procedimiento establecido por el proveedor en la plataforma correspondiente, estableciéndose la libertad para elegir uno u otro medio. Sin embargo, entendemos que cualquier limitación al ejercicio del derecho ha de ser rechazada por lo que la libertad para elegir el modo de comunicación del desistimiento queda muy restringida para el empresario. En cualquier caso, ha de quedar constancia del ejercicio del derecho siendo el consumidor quien ha de acreditarlo. La normativa más reciente, expresiva de ese ánimo tuitivo del consumidor, obliga al empresario a facilitarle un formulario de desistimiento que además es incorporado como anexo a la Directiva y por tanto de redacción uniforme para toda la Unión Europea.

12. El propio concepto de desistimiento implica la innecesidad de alegar motivos para su ejercicio por parte del consumidor. Sin embargo, a nuestro juicio, eso no implica que no existan y que por tanto se pueda ejercer este derecho de manera caprichosa y abusiva. En nuestro ordenamiento jurídico, la buena fe ocupa un lugar destacado y así resulta de doctrina y jurisprudencia. Excluir la necesidad de ejercitar los derechos de manera acorde con la buena fe y sin abuso de derecho nos parece un error del legislador inadmisibles. Es cierto que puede implicar dificultades en la prueba de la buena fe, así como que se eliminaría el automatismo que una medida protectora como el desistimiento da al sistema. Pero, al menos para situaciones excepcionales, ha de poder admitirse y se obtendrá mayor seguridad jurídica si se regula expresamente, no quedando exclusivamente a la decisión judicial.

13. La norma regula una serie de supuestos en los que el derecho de desistimiento queda excluido, lo que en parte viene a paliar los efectos nocivos que la ausencia del requisito de la buena fe provocan. El elenco contenido en la Ley estatal, que añade a los supuestos contenidos en la Directiva todos los que en esta aparecen como posibles, puede provocar un vaciamiento del derecho. Además, existe algún supuesto claramente contrario a la Directiva, como es el caso de los planes de pensiones, que fue expresamente debatido en el trámite legislativo y que por tanto refleja la voluntad del legislador.

14. Por lo que respecta a los efectos que provoca el ejercicio del derecho de desistimiento, además del conceptual de extinguir la relación contractual, se extienden a una liquidación del contrato. En materia de servicios financieros la cuestión es más fácil de resolver que en los supuestos de venta de bienes, donde existe la posibilidad de la pérdida de estos o su desgaste y pérdida de valor por el uso. La regla general es el pago de los servicios recibidos hasta el momento de ejercicio del derecho, si bien con los límites de que se trate de cantidades proporcionales al coste total del contrato, norma que previene frente a eventuales abusos de la entidad de crédito que podría crear un producto con coste muy alto al principio que disminuyese una vez transcurrido el periodo de desistimiento. Es de destacar la extensión del desistimiento de un contrato a otros contratos que pudieran estar vinculados al mismo, lo que puede ser relevante en materia financiera donde la venta cruzada de servicios es un objetivo de los empresarios. En nuestra opinión, si bien no se establece expresamente, el régimen del desistimiento del contrato vinculado ha de ser similar y simultáneo al del contrato principal.

15. No existe un derecho de rescisión del contrato en la Ley 22/2007, de comercialización de servicios financieros a distancia para consumidores. A pesar de la dicción literal de un precepto de la norma que permite en todo momento la rescisión del contrato en todo momento y sin coste para el consumidor, se trata de un descomunal error del legislador, que incluso trató de enmendarse en el Senado y que, por cuestiones extrajurídicas, no se culminó. En nuestra opinión, si por algún consumidor se tratara de ejercitar este supuesto derecho, la entidad de crédito debería rechazarlo puesto que la Directiva no lo contempla como distinto del propio derecho de desistimiento. La cuestión es especialmente reveladora de cómo, a veces, un exceso de celo del Legislador al tratar de incorporar al derecho interno la norma comunitaria provoca errores normativos que pueden dar lugar, como es lógico, a la responsabilidad patrimonial del Estado. También revela la necesidad de incorporar en el procedimiento legislativo los debidos controles técnicos para evitar que este tipo de situaciones puedan existir.

16. El derecho de desistimiento no ha terminado su desarrollo. A pesar de las opiniones de algún sector de la doctrina, aún queda recorrido para un derecho que puede mejorarse en su regulación y que, de hecho, en las normas más recientes que lo acogen incorpora novedades que son fruto de la mayor experiencia en su aplicación práctica. Así resulta de regulaciones como la Directiva 2011/83 sobre derechos de los

consumidores o de su régimen en la normativa sobre crédito al consumo, aunque finalmente no se prevé su reconocimiento en materia de créditos hipotecarios. No obstante, la doctrina propugna algunas reformas que, en nuestra opinión, sí deberían ser acometidas. Resulta especialmente interesante la propuesta de admitir dos tipos de contratos, uno con derecho de desistimiento —obviamente, con un precio mayor- y otro sin este derecho, con la idea de que cada consumidor pueda elegir lo que más le convenga. Es un hecho notorio que existen consumidores que no disfrutan de este derecho, por lo que parece razonable que obtengan un descuento en el precio del producto. La propuesta de establecer un sistema de opción nos parece razonable, si bien con el debido reforzamiento de las obligaciones de información y su control efectivo.

Sevilla, 24 de mayo de 2017

VI. ANEXOS

RESEÑA NORMATIVA (Y, EN SU CASO, ABREVIATURAS UTILIZADAS)

1.- TRATADOS INTERNACIONALES.

- Tratados de Roma.
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.
- Acta Única Europea, de 1.986.
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil, adoptada en Viena en 1980.

2.- REGLAMENTOS COMUNITARIOS.

- Reglamento (CEE, EURATOM) nº 1182/71, del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos.
- Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil.
- Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.
- Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

3.- DIRECTIVAS COMUNITARIAS.

- Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 de Septiembre de 1984, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa.

- Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.
- Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo.
- Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.
- Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.
- Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 con la finalidad de incluir la regulación sobre la publicidad comparativa.
- Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.
- Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.
- Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.
- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE, del Consejo, y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.
- Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.
- Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.
- Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.
- Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010.
- Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de

viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo.

4.- NORMATIVA ESTATAL.

4.1. CONSTITUCIÓN.

4.2. LEYES ORGÁNICAS.

- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

4.3. LEYES ORDINARIAS.

- Código de Comercio.
- Código Civil (Cc).
- Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazo.
- Ley 16/1973, de 21 de julio, sobre reforma de los Títulos II y III del Libro Primero del Código de Comercio.
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de consumidores y usuarios.
- Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
- Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.
- Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito.
- Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

- Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación en seguros privados.
- Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.
- Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados.
- Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.
- Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación del comercio minorista (LOCM).
- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
- Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de bienes muebles.
- Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguladora de los derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico.
- Ley/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC).
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI).
- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del sistema financiero.
- Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias.
- Ley 14/2003, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
- Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo.
- Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.
- Ley 35/2003, de 4 de noviembre de 2003, de instituciones de inversión colectiva.
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica.

- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
- Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras.
- Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.
- Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (LCDSFC).
- Ley 56/2007, de 28 de Diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.
- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE núm. 79, 1 de abril de 2009).
- Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
- Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.
- Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
- Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.
- Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

- Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC).
- Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

4.4. LEYES DE BASES.

- Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, autorizando al gobierno para publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta ley.

4.5. LEYES AUTONOMICAS.

- Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra.
- Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, de la Junta de Andalucía.

4.6. REALES DECRETOS LEYES.

- Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera.
- Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

- Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.
- Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Real Decreto Ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.
- Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.
- Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.
- Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

4.7. REALES DECRETOS LEGISLATIVOS.

- Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.
- Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU).
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

4.8. REALES DECRETOS.

- Decreto de 14 de marzo de 1933, por el que se aprueba el Estatuto para las Cajas Generales de Ahorro Popular.
- Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil.
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de alta dirección.
- Real Decreto 84/1993, de 22 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM).
- Real Decreto 706/1999 de 30 de Abril, de adaptación del Instituto de Crédito Oficial a la Ley 6/1997 de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de aprobación de sus Estatutos.
- Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.
- Real Decreto 303/2004 de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros.
- Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.
- Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.
- Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula relación laboral de carácter especial correspondiente al servicio del hogar familiar.
- Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

- Real Decreto 845/2015, de 28 de setiembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Comisión General de Codificación.

4.9. ÓRDENES MINISTERIALES.

- Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981.
- Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1.989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.
- Orden 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

4.10. CIRCULARES DEL BANCO DE ESPAÑA.

- Circular del Banco de España núm. 13/81, de 24 de febrero
- Circular del Banco de España núm. 8/1990, de 7 de septiembre, a las entidades de crédito sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.
- Circular 3/2001, de 24 de septiembre, a entidades de crédito, que modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.
- Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

4.11. INSTRUCCIONES.

- Instrucción de 12 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros de los empresarios en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

- Instrucción de 1 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre mecanismos de seguridad de los ficheros electrónicos que contengan libros de los empresarios presentados a legalización en los Registros mercantiles y otras cuestiones relacionadas (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2015).

5.- TEXTOS NO VINCULANTES.

- Marco Común de Referencia.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea.
- Propuesta de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.
- Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.
- Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT).
- Principios de Derecho Europeo de los Contratos elaborados por la Comisión Lando.

RESEÑA JURISPRUDENCIAL

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

- Sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 30/70, *Scheer*.
- Sentencia de 11 de diciembre de 1973, asunto 120/73, *Lorenz*.
- Sentencia de 6 de octubre de 1976, asunto C-14/76.
- Sentencia de 22 de abril de 1999, asunto C-423/97, *TRAVEL-VAC*.
- Sentencia de 13 de diciembre de 2001, asunto C-481/99, asunto *Heininger*.
- Sentencia de 20 de enero de 2005, asunto C-464/01.
- Sentencia de 7 de diciembre de 2006, asunto C-127/06.
- Sentencia de 19 de abril de 2007, asunto C-141/06.
- Sentencia de 10 de abril de 2008, asunto C-412/06, *Hamilton*.
- Sentencia de 17 de diciembre de 2009, asunto C-227/08, *Martín Martín/ EDP Editores, S.L.*
- Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, *BANESTO*.
- Sentencia de 5 de julio de 2012, asunto C-49/11.
- Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, *Aziz*.
- Sentencia de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14.
- Sentencia de 21 de junio de 2016, asunto C-15/15.
- Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.
- Sentencia de 25 de enero de 2017, asunto C-375/15.

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- Sentencia de 8 de abril de 1981, asunto núm. 11/1981.
- Sentencia de 6 de mayo de 1982, asuntos acumulados 146, 192 y 193/81.
- Sentencia de 26 de enero de 1989, asunto núm. 15/1989.
- Sentencia de 12 de diciembre de 1991, asunto núm. 236/91
- Sentencia de 28 de mayo de 1992, asunto núm. 79/92.

- Sentencia de 22 de julio de 1993, asunto núm. 264/1993.
- Sentencia de 30 de septiembre de 1993, asunto núm. 284/1993,
- Sentencias de 26 de junio de 2014, asunto núm. 111/2014.

3. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

3.1. SALA PRIMERA, DE LO CIVIL

- Sentencia de 5 de abril de 1966.
- Sentencia de 31 de diciembre de 1979.
- Sentencia de 10 de noviembre de 1981.
- Sentencia de 28 de enero de 1983.
- Sentencia de 24 de septiembre de 1987.
- Sentencia de 22 de mayo de 1993.
- Sentencia núm. 1266/1993, de 24 de diciembre de 1993.
- Sentencia núm. 386/1997, de 12 de mayo de 1997.
- Sentencia núm. 371/1998, de 17 de abril.
- Sentencia núm. 695/1999, de 31 de julio de 1999.
- Sentencia núm. 6/2000, de 20 de enero de 2000.
- Sentencia núm. 1109/2002, de 25 de noviembre de 2002.
- Sentencia núm. 433/2004, de 21 de mayo de 2004.
- Sentencia núm. 820/2004, de 12 de julio de 2004.
- Sentencia núm. 317/2005, de 25 de abril de 2005.
- Sentencia núm. 347/2005, de 12 de mayo de 2005.
- Sentencia núm. 7/2007, de 17 de enero de 2007.
- Sentencia núm. 596/2007, de 30 de mayo de 2007.
- Sentencia núm. 8/2008, de 24 de enero de 2008.
- Sentencia núm. 2176/2008, de 20 de mayo de 2008.
- Sentencia núm. 638/2008, de 2 de julio de 2008.
- Sentencia núm. 834/2009, de 22 de diciembre de 2.009.
- Sentencia núm. 26/2013, de 5 de febrero de 2013.
- Sentencia núm. 216/2013, de 14 de marzo de 2013.
- Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Pleno).
- Sentencia de Pleno de 20 de enero de 2014.

- Sentencia núm. 149/2014, de 10 de marzo de 2014.
- Sentencia núm. 422/2015, de 20 de julio de 2015.
- Sentencia núm. 521/2015, de 15 de septiembre de 2015.
- Sentencia núm. 60/2016, de 12 de febrero de 2016.
- Sentencia núm. 782/2016, de 7 de marzo de 2016.
- Sentencia núm. 208/2016, de 5 de abril 2016.
- Sentencia núm. 266/2016, de 21 de abril de 2016.
- Sentencia núm. 378/2016, de 3 de junio 2016.
- Sentencia núm. 406/2016, de 15 de junio de 2016.
- Sentencia núm. 530/2016, de 16 de septiembre de 2016.
- Sentencia núm. 672/2016, de 16 de noviembre de 2016.
- Sentencia núm. 16/2017, de 16 de enero de 2017.
- Sentencia núm. 41/2017, de 20 de enero de 2017.
- Sentencia núm. 184/2017, de 14 de marzo de 2017.
- Sentencia núm. 224/2017, de 5 de abril de 2017.

3.2. SALA SEGUNDA, DE LO PENAL.

- Sentencia núm. 670/2016, de 21 de julio de 2016, de la Sala Segunda, de lo Penal.

3.3. SALA CUARTA, DE LO SOCIAL.

- Sentencia de 1 de diciembre de 2016, de la Sala Cuarta, de lo Social.

4. SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de abril de 2015.
- Sentencia núm. 13/2015, de 28 de enero de 2015, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- Sentencia núm. 27/2015, de 6 de abril de 2015, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

- Sentencias núm. 30/2015 y 31/205, ambas de 14 de abril de 2015, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- Sentencia núm. 178/2017, de 28 de diciembre de 2016, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

5. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de 31 de agosto de 1992, de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- Sentencia de 29 de marzo de 2010, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.
- Sentencias de 31 de julio de 2014, de la Audiencia Provincial de Ourense.
- Sentencia de 4 de diciembre de 2015, de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid.
- Sentencia de 22 de diciembre de 2015, de la Audiencia Provincial de Valladolid.
- Sentencia de 8 de febrero de 2016, de la Audiencia Provincial de Oviedo.

6. SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA.

- Sentencia de 21 de septiembre de 2016, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Almería.

7. RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

- Resolución de 20 de enero de 2015 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015).
- Resolución de 20 de julio de 2016 (BOE núm. 226, de 19 de septiembre de 2016).

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA (CONSULTADA Y, EN SU CASO, CITADA).

- AA.VV. “El consumidor en la contratación bancaria electrónica”. *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009.
- AA. VV., “Contratación y nuevas tecnologías” (BLASCO GASCÓ, F. de P., Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 20, 2004.
- AA.VV., *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010.
- AA. VV. (coord. COTINO HUESO, L.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, 2008.
- AA.VV. (coord. REYES LOPEZ, M.J.), *Derecho Privado de Consumo*, Valencia, 2005.
- AA.VV. (PIÑAR MAÑAS, J.L., Dir.), *Comentario a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, 1997.
- AA.VV., (REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, 2011.
- AA.VV. (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), *Código Civil comentado. Volumen III*, Cizur Menor, 2011.
- AA.VV. (CUÑAT EDO, V., BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. Dir.), *Estudios sobre Jurisprudencia bancaria* 2ª Ed., Cizur Menor, 2002.
- AA.VV. (coord. LLAMAS POMBO, E.), *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomos I y II, Madrid, 2006.
- AA.VV. (Dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.), *Comentario del Código Civil*, Tomos I y II, Madrid, 1993.
- AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor, 2011.
- AA.VV. (Coord. ALVAREZ RUBIO, J.; dir. TOMILLO URBINA, J.L.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo*

económico (Actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores), Cizur Menor, 2011.

- AA.VV. (Coord. MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J, PINO ABAD, M.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio (Ponencias y Comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino)*, Madrid, 2015.
- AA.VV. (Coord. MATEU DE ROS, R y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J. M.), *Derecho de Internet*, Madrid, 2000.
- AA.VV. (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), *La contratación bancaria*, Madrid, 2007.
- AA.VV. (Coord. PORTO CORTÉS, A.), *Guía práctica sobre derechos de consumo*, Valladolid, 2012.
- AA.VV. (Coord. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2, Murcia, 2004.
- AA.VV. (Dir. DÍAZ ALABART, S., Coord. REPRESA POLO, M.P.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, 2015.
- AA.VV. (Dir. DE LEÓN ARCE, A., Coord. GARCÍA GARCÍA, L.M.), *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Valencia, 2007.
- AA.VV. (ALVARADO HERRERA, L., Y OTROS), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, 1999.
- AA.VV. (BOSCH CAPDEVILA, E., dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona, 2012.
- AA.VV. (CAMARA LAPUENTE, S. y ARROYO I AMAYUELAS, E., coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Madrid, 2012.
- AA.VV. (PETIT LAVALL, M.V., coord.; CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUERTES, J., ALONSO ESPISONA, F.J., GALLEGU

SÁNCHEZ, E., dir.), *Estudios de Derecho Mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, 2013.

- ACOSA SÁNCHEZ, M.R., “La nueva regulación del crédito al consumo en el ámbito europeo: la propuesta de Directiva de crédito a los consumidores, de 11 de septiembre de 2002”, *Diario La Ley*, núm. 6152, 22 de diciembre de 2004 (versión electrónica).
- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, 15ª Ed., Barcelona, 2002.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. I (Artículos 1156 a 1213 del Código Civil), Madrid, 1991.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. I-B (Artículos 1261 a 1280 del Código Civil), Madrid, 1993.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 2 (abril-junio 2015), págs. 1-30.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Primerísimas observaciones al anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 20, 2016, págs. 42-73.
- ALBURQUERQUE SACRISTAN, J.M., *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: Contribución al estudio del principio general romano “pacta sunt servanda” en el Derecho Europeo actual*, Córdoba, 1995.
- ALCALDE SILVA, J., “Comentario sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio español en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2º semestre de 2011, págs. 39-92.

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 46, 1º, 1993, págs. 57-122.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 4, 1998, págs. 53-70.
- ALMAGRO NOSETE, J., “La interpretación contractual”, *Diario La Ley*, núm. 7769, 4 de enero de 2012.
- ALONSO LOPEZ, M.T, “El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dicho (Estudio jurisprudencial)”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 1998.
- ALPA, G., “El derecho de los consumidores: un laboratorio para los juristas”, Trad. MORENO CRUZ, P.A., en *Revista de Derecho Privado*, nº 15, 2008, págs. 5-26.
- ALVAREZ OLALLA, M.P., “Las directivas comunitarias en materia de crédito al consumo”, en *La armonización legislativa de la Unión Europea (II)*, *Jornadas sobre la armonización legislativa en la Unión Europea*, Madrid, 2000, págs. 57-68.
- ALVAREZ OLALLA, M.P., “Novedades en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7, 2011.
- ALVAREZ OLALLA, M.P., “La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, número 10/2012, BIB 2012\108.
- ALVAREZ VEGA, M.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Cizur Menor, 2010.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R., “Comentario al art. 1115”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II (Dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.), Madrid, 1983, págs. 78-80.
- ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., “La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (coord. CARRASCO DURAN, M., PÉREZ ROYO, F.J., URÍAS MARTÍNEZ, J., TEROL BECERRA, M.J.), Vol. 1, 2006, págs. 1919-1935.

- AMORÓS GUARDIOLA, M., “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 36, 1983, nº 4, pág. 1129-1148.
- ANCOS FRANCO, H., “La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros: una perspectiva de Derecho Comunitario Europeo.” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, julio-diciembre 2001, pág. 627-644.
- ANGULO RODRÍGUEZ, L., “Capítulo 61, El contrato de comisión”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *Derecho Mercantil*, Vol. II, 14ª Ed., Madrid, 2010, págs. 269-282.
- ARIAS POU, M., *Manual práctico de comercio electrónico*, Madrid, 2006.
- ARIAS POU, M., “Deber de información previa en la contratación electrónica por Internet”, en *La Ley, Revista Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2007, págs. 1759-1771.
- ARROYO AMAYUELAS, E., “Los principios del Derecho contractual comunitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, 2008, fasc. I, págs. 211-239.
- ARROYO AMAYUELAS, E., “¿Qué es *forma* en el derecho contractual comunitario de consumo?, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, 2008, fasc. II.
- ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Cizur Menor, 2003.
- ARROYO APARICIO, A., “Análisis crítico de la normativa relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en la obra colectiva *Tendencias actuales en torno al mercado de crédito* (PULGAR EZQUERRA, J., Dir.; VARGAS VASSEROT, C., Coord.), Madrid, 2010, págs. 339-368.
- ARROYO APARICIO, A., “Los consumidores ante los contratos a distancia. Estudio del ordenamiento español a la luz de la jurisprudencia del TJUE: Asuntos easy car y Handelsgesellschaft Heinrich Heine GMBH”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 6, 2010, págs. 41-96.
- ARROYO APARICIO, A., “Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de ley de incorporación de la

Directiva 2002/65/CE”, *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 14, 2007-2, págs. 39-57.

- ATAZ LÓPEZ, J., SALELLES CLIMENT, J.R., “La libertad contractual y sus límites”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, Tomo I*, Valencia, 2013, págs. 139-305.
- AZNAR GINER, E., *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2010.
- BAEZA PASTOR, A., “Doctrina y polémica en torno al art. 1594 del Código Civil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 675/2005, BIB 2005\1161.
- BALDERAS BLANCO, S., “La eficiencia en la información precontractual sobre el derecho de desistimiento en los contratos a distancia”, *Diario La Ley*, núm. 8394, 8 de octubre de 2014.
- BARRAL VIÑALS, I., “La contratación por vía electrónica: adaptación del marco jurídico mediante los principios de equivalencia funcional”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coord. LLAMAS POMBO, E.), Tomo I, Madrid, 2006, págs. 107-124.
- BELUCHE RINCON, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia, 2009.
- BELUCHE RINCON, I., “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato”, en *Diario La Ley*, nº 7182, 26 de mayo de 2009.
- BELUCHE RINCON, I., “La deficiente protección del consumidor de viajes combinados”, *Diario La Ley*, núm. 7213, 8 de julio de 2009.
- BELUCHE RINCON, I., “La deficiente protección del consumidor de viajes combinados en el Derecho Español”, en *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico (Actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, (Coord. ALVAREZ RUBIO, J.; dir. TOMILLO URBINA, J.L.), Cizur Menor, 2011, págs.247-253.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, Tomos I y II*, Valencia, 2013.
- BERNALDO DE QUIRÓS, L., “Las cláusulas suelo y el populismo judicial”, *Diario El Mundo*, 22 de enero de 2017.

- BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S.: “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 1/2012, págs. 61-79.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “Perfección del contrato en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico: la unificación de criterios”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 100, 2009, p. 3-102.
- BLANCH NOUGUÉS, J.M., “*Ius, Iustitia* y persona: a propósito de la pregunta antropológica”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 10, 2008.
- BLANCO CARRASCO, M., “Los sistemas alternativos de resolución de conflictos en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 119-153.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, “Contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 20, 2004, págs. 9-40.
- BOTANA GARCIA, G. A., “Noción de consumidor en el derecho comparado”, en *Estudios sobre consumo*, nº 18, 1990, págs. 54-72.
- BOTANA GARCIA, G. A., “Derecho de desistimiento y otras fórmulas contractuales”, *Diario La Ley*, núm. 7147, 1 de abril de 2009.
- BOTANA GARCIA, G.A., “Protección de consumidores y comercio electrónico”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 18, Agosto 2001, págs. 109-161.
- BOTANA GARCÍA, G.A., “La protección de los consumidores en los contratos electrónicos”, *Actualidad Civil*, nº 3, Marzo 2015 (versión electrónica).
- BOTANA GARCÍA, G.A.: “Contratos con consumidores y usuarios”, *Diario La Ley*, nº 6990, 16 de julio de 2008.
- BUSTO LAGO, J. M., “Contratación telefónica y electrónica con condiciones generales”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5, 2001, págs. 183-228.

- BUSTO LAGO, J. M., ALVAREZ LATA, N., PEÑA LOPEZ, F., *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2005.
- CALAIS-AULOY, J., “La venta a domicilio y la venta por correo en el Derecho francés”, *Estudios sobre Consumo*, nº 24, 1992, págs. 46-52.
- CALVO CARAVACA, A. L., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, Vol. 1, nº 2, págs. 52-133.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCO GONZALEZ, J., “Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 20 de mayo de 2010 (BILAS: Asunto C-111/09): la sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2010, Vol. 2, nº 2, págs. 236-241.
- CAMACHO PEREIRA, C., “Reflexiones sobre el ejercicio del derecho de desistimiento en la contratación electrónica de seguros por consumidores”, en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 415-433.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de derecho Transnacional*, marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, págs. 84-117.
- CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, 2011.
- CAMARA LAPUENTE, S., “El futuro del Derecho de consumo en el nuevo entorno del Derecho contractual europeo”, en la obra colectiva *Derecho Privado de Consumo* (coord. REYES LOPEZ, M.J.), Valencia, 2005, págs. 45-72.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2010.
- CARRASCO PERERA, A., “Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los consumidores”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de*

los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011, CAMARA LAPUENTE, S. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coord.), Madrid, 2012, págs. 311-332.

- CARRIAZO PEREZ DE GUZMÁN, T., “El incumplimiento de los requisitos de información previa en el anteproyecto de ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. El desistimiento.” En *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas* (coord. MADRID PARRA, A., GUERRERO LEBRON, M.J.) 2007, págs. 297-324.
- CARVALHO, J.M., “La protección de los consumidores en la Unión Europea: ¿mito o realidad?”, *Criterio Jurídico*, nº 6, 2006, págs. 243-266.
- CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”, *Diario La Ley*, núm. 8636, 2 de noviembre de 2015.
- CASANOVA GUASCH, F., “Comercio electrónico: Nuevos problemas y tensiones sobre el sistema fiscal”, publicado en la *Revista Electrónica Alfa-Redi* nº 39, Octubre de 2001 (<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=838>).
- CASTELLANOS RUIZ, E., “Las normas de Derecho Internacional Privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, Vol. 1, nº 2, págs. 134-159.
- CASTRESANA, J., “La progresiva pérdida del principio de relatividad de los contratos”, *Diario La Ley*, núm. 8296, 23 de abril de 2014.
- CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Propuestas para mejorar la protección de los consumidores en el comercio electrónico”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 2, 2006, UOC.
- CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J.M., “La protección de los consumidores”, en la obra colectiva *Derecho de Internet* (coord. MATEU DE ROS, R y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M.), Madrid, 2000, págs. 123-142.

- CLEMENTE MEORO, M., “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”, en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 211-/212, Agosto-septiembre 2002, págs. 3-16.
- CLEMENTE MEORO, M., “El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 16, 2006, págs. 163-184.
- CLEMENTE MEORO, M., Comentario al art. 1115, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 200-205.
- COHEN BENCHETRIT, A., “El derecho de desistimiento en los contratos por el consumidor”, *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 118, 2016, LA LEY 7947/2015.
- COLÁS ESCANDÓN, A.M. Comentario al art. 1733, en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Cizur Menor, 2011. Versión electrónica.
- COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/12-57494-Guide-to-UNCITRAL-s.pdf>, (última consulta el 5 de mayo de 2017).
- CONTHE GUTIERREZ, M., “Las sentencias del Supremo sobre Bankia”, *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 66, 2016, pág. 8-13.
- CONTHE GUTIERREZ, M., “Swaps de intereses: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de Enero de 2015”, *Diario La Ley*, núm. 8515, 9 de abril de 2015.
- COSIALLS UBACH, A.M., “El plazo de desistimiento del consumidor en los instrumentos europeos de Derecho contractual”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, septiembre-diciembre 2012, págs. 1047-1075.
- CRUZ RIVERO, D., “Contratación electrónica con consumidores”, *Revista de Contratación Electrónica*, num. 109, 2009, p. 3-42.

- CRUZ RIVERO, D., “El proyecto de ley de medidas de impulso de la sociedad de la información: comentario al capítulo primero”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 84, julio 2007, págs. 25-43.
- CHABAS, F., “La noción de consumidor”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, nº 4, 1998, págs. 95-104.
- CHRISTIANOS, V., “Plazos de reflexión: una evaluación teórica”, *Estudios sobre consumo*, nº 25, 1992, págs. 54-66.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R.: “La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento”, *Diario La Ley*, nº 7800, 17 de febrero de 2012.
- DE BARRON ARNICHES, P.: “El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código Civil español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 65, Nº 2134, 2011, págs. 1- 17.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Reimpresión, 1971.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 11, nº 4, 1958, págs. 1003-1040.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 14, nº 2, 1961, págs. 295-342.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “El arbitraje y la nueva *Lex Mercatoria*”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 32, nº 4, 1979, págs. 619-726.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, nº 4, 1982, págs. 987-1085.
- DE LA MAZA GAZMURI, I., “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, nº 2 (2010), págs. 21-52.
- DE LA MAZA GAZMURI, I., “Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, 2007, fasc. IV, págs. 1861-1865.

- DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ-FRÍAS, J., “Crédito responsable: nuevo concepto en nuestro ordenamiento”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 130, abril-junio 2013, págs. 47-78.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, en *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 20, octubre de 2001, págs. 3-40.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo”, en *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, págs. 23-44.
- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., “El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, noviembre-diciembre 2016, págs. 127-169.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “La invalidez de los precontratos celebrados por los representantes legales de los menores para la práctica del deporte profesional (a propósito de la STS de 5 de febrero de 2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8047, 20 de marzo de 2013 (versión electrónica).
- DÍAZ ALABART, S. (Dir.) y ALVAREZ MORENO, M.T. (Coord.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Madrid, 2014.
- DÍAZ ALABART, S., “La Directiva 2014/17, de 17 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Dir. DÍAZ ALABART, S., Coord. REPRESA POLO, M.P., Madrid, 2015, págs. 13-52.
- DÍAZ BRITO, F.J., “Contratación electrónica: ¿camino del laberinto?”, *Aranzadi Civil*, núm. 23, 2001.
- DIAZ FRAILE, J.M., “Los créditos hipotecarios en el proyecto de Directiva sobre contratación a distancia de servicios financieros”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 209, 2002, págs. 39-52.
- DIAZ MORENO, A., “La protección del consumidor: una perspectiva global”, en *Estudios de derecho judicial*, Núm. 103, 2006 (Ejemplar

dedicado a: Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación), págs. 209-278.

- DÍAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALA, C., *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Granada, 2000.
- DIÉGUEZ OLIVA, R., “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, 2009.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 9, número 4, 1956, págs. 1149-1182.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “Contratos de consumo y derecho de contratos”, en *Anuario de derecho Civil*, núm. LIX-1, Enero 2006, págs. 11-28.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7765, 29 de diciembre de 2011.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “La ley y la potestad normativa privada”, *Ensayos jurídicos (1953-2011)*, Tomo I, Madrid, 2011, págs. 362-365.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “Comentario al art. 1256”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II (Dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.), Madrid, 1983, págs. 432-433.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, núm. 2130, Abril de 2011, págs. 1-9.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 4ª Ed., 1ª Reimpr., Madrid, 1982.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Teoría General del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular.*, 4ª Ed. Madrid, 1983.

- DOMINGO OSLÉ, R.- RODRIGUEZ-ANTOLIN, B, *Reglas jurídicas y aforismos*, Madrid, 2000.
- DOMINGUEZ-ALCAHUD GARCIA-ATANCE, V., “El derecho de información como garantía en la contratación de los consumidores y usuarios”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 3, 2008, págs. 393-407.
- DOMINGUEZ LUELMO, A., “Contratación electrónica con consumidores”, en la obra colectiva *Los medios electrónicos de pago. Problemas jurídicos*, (dir. MARA Y MARTIN, R.; coord., JAVATO MARTIN, A.), Granada, 2007, págs. 67-166.
- DOMINGUEZ LUELMO, A., “Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 660, Julio-Agosto 2000, págs. 2327-2388.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Artículo 68. Contenido y régimen del derecho de desistimiento. Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, págs. 615-627.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., “Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, y su trasposición al Derecho español”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 26, enero-junio 2014, págs. 261-274.
- EBERS, M., “¿Extinción del derecho de desistimiento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones?”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII-3, 2009, págs. 1151-1158.
- EBERS, M., “De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2010.
- EBERS, M. y ARROYO AMAYUELAS, E., “Heininger y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9,

2006, (Ejemplar dedicado a: Evolución y tendencias del Derecho europeo), págs. 407-442.

- EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H.C., JANSEN, N., WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., “Hacia una revisión del *acquis* de consumo”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, CAMARA LAPUENTE, S. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coord.), Madrid, 2012, págs. 107-162.
- ESPIAU ESPIAU, S., “La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 1998, págs. 113-130.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., “*Manual de Derecho Civil español*”, Volumen I, 8ª Ed., Madrid, 1982.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., “Los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho privado: discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1954-55”, *Publicaciones de la Universidad de Murcia*, 1954.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2009, BIB 2009\65.
- EVANGELIO LLORCA, R., “¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 7-8, 2011, Págs. 3-51.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 208, 1993, págs. 589-614.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La contratación electrónica de servicios financieros*, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ PEREZ, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Madrid, 2009.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea”, *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 157-192.
- FERRER RAMÍREZ, R., “El comercio electrónico y la Unión Europea”, en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 183, Abril 2009, págs. 59-65.
- FLORES DOÑA, M. S., “Naturaleza y caracterización general de la contratación bancaria electrónica con el consumidor”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 1-28.
- FLORES DOÑA, M. S., “El soporte intangible en la contratación de servicios financieros”, en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 485-505.
- FLORES DOÑA, M. S., “El consumidor cualificado e informado en la compraventa on line intracomunitaria”, Comunicación al XI Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Mercantil Sáinz de Andino, 2011 (versión e-prints Universidad Complutense).
- FLORES DOÑA, M.S., *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, Madrid, 2002.
- FUCHS, D., “La ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 40, nº 1, 1987, págs. 205-210.
- FUENTESECA DEGENEFFE, C., “La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE”, en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, (Dir. DÍAZ ALABART, S., Coord. REPRESA POLO, M.P.), Madrid, 2015, págs. 127-222.
- GALÁN LÓPEZ, C., “Libro Verde sobre servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 63, julio-septiembre 1996, págs. 852-859.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de desistimiento”, en *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.), Madrid, 2011, págs. 1217-1306.

- GALLEGO HIGUERAS, G.F., *Código de Derecho informático y de las nuevas tecnologías*, 2ª Edición, Cizur Menor, 2010.
- GÁLVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios (Especial estudio del derecho de desistimiento)*, Valencia, 2008.
- GARCÍA GARCÍA, C.E., ROMERO MEDINA, A., “La expansión de la banca "on line" en España”, en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 813, 2004, págs. 89-100.
- GARCÍA GIL, F.J., *El asesor legal inmobiliario*, Madrid, 2006.
- GARCIA MARTIN, I., “Aproximación a la última etapa en la consecución del mercado único asegurador y su incidencia en el Derecho Español”, *Revista de Derecho Comunitario*, Año 7, Núm. 16, Septiembre-Diciembre 2003, págs. 1177-1197.
- GARCIA MÁS, F.J., *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*, Valladolid, 2002.
- GARCÍA VICENTE, J.R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Elcano (Navarra), 1997.
- GARCÍA VICENTE, J.R., “La contratación con consumidores”, en *Tratado de contratos, Tomo II* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Dir.), Valencia, 2013, págs. 1629-1790.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Artículo 1. Objeto. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Artículo 5. Las partes. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011.

- GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo II, Madrid, 2012, págs. 277-555.
- GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “La autonomía de la voluntad en la contratación mercantil”, *Diario La Ley*, núm. 7714, 13 de octubre de 2011.
- GARRIDO GÓMEZ, M.I., “Lo que queda del principio clásico *pacta sunt servanda*”, *Derecho y cambio social*, año 8, nº 25, 2011.
- GARRIDO NOMBELA, R., “La traducción en la Comunidad Europea y el lenguaje jurídico comunitario”, Centro Virtual Cervantes, Hieronymus complutensis, nº 3, págs. 35-41. Disponible en http://cvc.cervantes.es/lengua/hieronymus/pdf/03/03_035.pdf a fecha 3 de enero de 2013.
- GIAMPETRAGLIA, R., “El nuevo derecho de desistimiento en la propuesta COM 2008-614”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 7-8, 2011, Págs. 53-64.
- GIL-VERNET ESTEVE, L., *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Barcelona, 2016.
- GIMENO GOMEZ-LAFUENTE, M.J., “Aspectos jurídico-notariales de la contratación electrónica”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 20, 2004, págs. 75-116.
- GÓMEZ LOZANO, M.M., “Las medidas de protección del consumidor en la fase previa de contratación de préstamos hipotecarios: de la normativa española a la comunitaria”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino* (Coord. MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LOPEZ, J., PINO ABAD, M.), Madrid, 2015, págs. 391-404.
- GOMEZ POMAR, F. y GANUZA FERNÁNDEZ, J.J., “Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2011.
- GOMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las

cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2012.

- GONZALEZ CARRASCO, M.C.: “Incidencia en el Derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 1/2012, págs. 29-44.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Las fuentes de regulación de los contratos bancarios sobre valores negociables”, en *Estudios sobre Jurisprudencia bancaria* (CUÑAT EDO, V., BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. Dir.), 2ª Ed., Cizur Menor, 2002, pág. 51-79.
- GONZALEZ VAQUÉ, L., “La eventual modificación de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos: la aportación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al debate comunitario”, *Estudios sobre Consumo*, nº 64, 2003, págs. 41-69.
- GRACIA BALLARIN, M.J., *La hipoteca electrónica: armonización legislativa en la Unión Europea*, Zaragoza, 2010.
- GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, traducción del original latino de TORRUBIANO RIPOLL, J., Tomo II, Madrid, 1925.
- GROTIUS, H. *Natural Law Paper: Rights of War and Peace (3-Volume Set)*. Indianapolis, IN, USA, 2005.
- GUILLEN CATALAN, R., *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*, Madrid, 2010.
- GUILLEN CATALAN, R., “La Directiva sobre los derechos de los consumidores: un paso hacia delante, pero incompleto”, *La Ley, Revista Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7801, 20 de febrero de 2012.
- GUIADO MORENO, A., “Contratación a distancia de servicios financieros. La protección del consumidor”, *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 3, 2008, págs. 299-313.
- GUIADO MORENO, A., “El sueño europeo de la unificación jurídica y la incidencia de las normas sobre contratación electrónica”. *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 87, 2007, pág. 47-81.

- GUZMAN BRITO, A., “La sistemática del Derecho Privado en el “*De iure belli ac pacis*” de Hugo Grotius”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº 26, 2004, págs. 157-186 (consultada versión on line).
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas, Tomo III, Derecho de obligaciones*, Madrid, 1988.
- IGLESIAS CABERO, M., “Relación laboral especial de alta dirección: nulidad de la cláusula contractual que priva de toda indemnización el desistimiento del empresario. Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 22 de abril de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8385, 25 de septiembre de 2014 (versión electrónica).
- IGLESIAS MACHADO, S., “La evolución del concepto de orden público a través de las Constituciones españolas hasta 1812”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 7, 2010, págs. 373-402.
- IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 7ª ed., 1982.
- ILLESCAS ORTIZ, R., “Prólogo” a la obra colectiva *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M. J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 11-14.
- ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, 2ª edición 2009.
- ILLESCAS ORTIZ, R., “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”, en la obra colectiva *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas* (coord. MADRID PARRA, A., GUERRERO LEBRON, M. J.) 2007, págs. 21-38.
- ILLESCAS ORTIZ, R., “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 84, julio 2007, págs. 3-23.
- ILLESCAS ORTIZ, R., “Claroscuro con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica”, *Revista de Contratación electrónica*, núm. 27, mayo 2002, págs. 3-26 (versión electrónica).

- INFANTE RUIZ, F.J., Comentario al art. 1257, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 610-613.
- JEREZ DELGADO, C., PÉREZ GARCÍA, M.J., “La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, 2009, págs. 155-179.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., “Perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el (posible) futuro Derecho europeo de contratos”, en *Nuevas perspectivas del derecho contractual* (BOSCH CAPDEVILA, E., dir.), Barcelona, 2012, págs. 513-524.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *Derecho Mercantil*, Vol. II, 14ª Ed., Madrid, 2010.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., DÍAZ MORENO, A. (Coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 16ª Ed., Madrid, 2013.
- KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997.
- LAFUENTE SÁNCHEZ, R., *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Valencia, 2005.
- LAGARES CALVO, M.J., NEIRA AGRA, J.M., *Diego Medrano y Treviño: creador de las Cajas de Ahorros españolas*, Madrid, 2003.
- LARRÁN JORGE, M. y MURIEL DE LOS REYES, M.J., “La banca por internet como innovación tecnológica en el sector bancario”, *Investigaciones europeas de dirección y economía de la empresa*, vol. 13, nº 2, 2007, págs. 145-153.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, Reimpresión 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., “La protección del consumidor como principio general del Derecho”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. 2 (Coord. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.), Murcia, 2004, págs. 2619-2645.
- LASARTE ALVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2010 (4ª Edición).

- LOIS ESTÉVEZ, J., “Sobre el concepto de «naturaleza jurídica»”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1956, págs. 159-182.
- LOPEZ-TARRUELA MARTÍNEZ, A., “La regulación en España de los contratos celebrados por los consumidores en Internet”, en *Revista de la Propiedad inmaterial*, nº 9, enero-junio 2006, págs. 69-95.
- LOPEZ JIMENEZ, D., “El derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación electrónica”, en *Aranzadi Civil*, núm. 18/2009 (estudio).
- LOPEZ JIMÉNEZ, J.M., “Las cuentas de pago de las entidades de pago”, *Diario La Ley*, núm. 7698, 20 de septiembre de 2011.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (Dir.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014.
- LÓPEZ LÓPEZ, A.M., Comentario al art. 1254, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011.
- LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Derecho civil constitucional*, Sevilla, 2015.
- LUCEÑO OLIVA, J.L., “Estatutos y derecho de separación *ad nutum*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 842, 2012, pág. 7.
- LLÁCER MATACÁS, M. R., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho del Consumo: información y documentación”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coord. LLAMAS POMBO, E.), Tomo II, Madrid, 2006, págs. 149-179.
- LLAMAS POMBO, E.: “Contrato de obra, arrendamiento de servicios y resolución unilateral”, *Diario La Ley*, nº 7308, 22 de diciembre de 2009.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I., “La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2013, Vol. 5, nº 2, págs. 371-397.
- MADRID PARRA, A., “El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica”, en la obra colectiva *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las*

últimas novedades legislativas (coord. MADRID PARRA, A., GUERRERO LEBRON, M.J.) 2007, págs. 39-113.

- MADRID PARRA, A., “Servicios financieros en línea”, en la obra colectiva *Autores, consumidores y comercio electrónico* (dir. MORO ALMARAZ, M.J., coord. APARICIO VAQUERO, J. P., BATUECAS CALETRO, A.), Madrid, 2004, págs. 157-234.
- MADRID PARRA, A., “Contratos electrónicos y contratos informáticos”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 111, enero 2011, págs. 5-35, versión electrónica.
- MAGRO SERVET, V., “El desistimiento del arrendatario en los contratos de arrendamiento y sus efectos tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013, BIB 2013\1151.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., “Donación y revocación”, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Vol. 2* (Coord. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.), Murcia, 2004, págs. 2955-2970.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 5ª Ed., 2005.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Alarma por el activismo judicial”, *Revista Alternativas Económicas*, nº 39, septiembre 2016, versión electrónica.
- MARIMÓN DURÁ, R., “La banca electrónica en el marco de la regulación de la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, en AA. VV. (coord. COTINO HUESO, L.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, 2008.
- MARIMÓN DURÁ, R., *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*. Madrid, 2010.
- MARÍN GARCÍA, I., “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº 2/2009.
- MARIN LOPEZ, M.J., “Los derechos del consumidor en la fase de ejecución del contrato, según la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al consumo”, *Diario La Ley*, nº 7693, 13 de septiembre de 2011.
- MARIN LOPEZ, J.J., “Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación: la Directiva 2002/65/CE, de 23 de

septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores”, en *Estudios sobre Consumo*, nº 76, 2006, págs. 5-42.

- MARIN LOPEZ, M.J.: “La Directiva 2011/83/UE: Esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 1/2012, págs. 8-21.
- MARÍN LÓPEZ, M.J., “¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017, *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, versión electrónica.
- MARTIN BRAÑAS, C., “El Reglamento 44/2001, una evolución en materia de consumo”, *Diario La Ley*, nº 7706, 30 de septiembre de 2011.
- MARTÍN FABA, J.M., “¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores en la contratación de préstamos hipotecarios sobre la vivienda? Comentarios a la Ley Andaluza 3/2016, de 9 de junio”, *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco.
- MARTIN SALAMANCA, S., “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: el derecho de desistimiento contractual”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, págs. 93-108.
- MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J.A., CALVO GONZÁLEZ, J.L., *Banca y mercados financieros*, Valencia, 2009.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)”, *Diario La Ley*, nº 7778, 18 de enero de 2012.
- MARTINEZ ESPIN, P., “El contrato de viaje combinado: estudio normativo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 2, 2012.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Incidencia de la Directiva 83/2011 en otras Directivas de contratos con consumidores no armonizadas ni derogadas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 1/2012, págs. 95-107.
- MARTINEZ NADAL, A. “La admisibilidad del pagaré electrónico en el Derecho español”, en *Diario La Ley*, nº 7641, Sección doctrina, de 6 de septiembre de 2010, Año XXXI.

- MARTINEZ NADAL, A. “De nuevo en torno al pagaré electrónico (a propósito de la Sentencia, de 13 de julio de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona)”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 122, abril-junio de 2011, págs. 221-240.
- MARTINEZ SIMANCAS, J., “Contratos bancarios e internet”, en la obra colectiva *Derecho de Internet* (coord. MATEU DE ROS, R y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M.), Madrid, 2000, págs. 475-497.
- MARTINEZ-GIJON MACHUCA, P., “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje”, *Revista de Derecho Patrimonial* nº 31, 2013, BIB 2013\1580 (versión electrónica).
- MATEU DE ROS, R y LÓPEZ-MONÍS, M., “La Circular 3/2001 del Banco de España y los contratos bancarios electrónicos”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 87, julio-septiembre de 2002, pág. 7-41.
- MATEU DE ROS, R., “Los contratos bancarios a distancia. La revisión de la Circular 3/2001 del Banco de España y la contratación electrónica”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 98, abril-junio de 2005, pág. 121-148.
- MATEU DE ROS, R., “El sector financiero y la legislación española sobre consumidores y competencia”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 72, octubre-diciembre de 1998, págs. 977-1021.
- MATEU DE ROS, R., “El consentimiento electrónico en los contratos bancarios”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 79, julio-septiembre de 2000, págs. 7-91.
- MAYORGA TOLEDANO, M. C., “La protección del consumidor en la contratación electrónica bancaria”, en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 259-280.
- MAYORGA TOLEDANO, M.C., “La reclamación electrónica en el ámbito financiero”, en *Revista de Contratación Electrónica*, número 108, Octubre 2009, págs. 31-67.
- MAYORGA TOLEDANO, M.C., “Los derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios”, en *Revista de Contratación Electrónica*, número 87, 2007, págs. 3-45.

- MEDEL, A., “La prensa y el efecto Martini”, *Diario El País*, 8 de noviembre de 2009 (puede consultarse en http://www.elpais.com/articulo/empresas/sectores/prensa/efecto/Martini/elpepueco neg/20091108elpnegemp_11/Tes).
- MEDRANO MARTINEZ, E., “Comercialización e información a través de internet”, en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 407-413.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Notas a propósito de la codificación mercantil”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coord. LLAMAS POMBO, E.), Tomo II, Madrid, 2006, págs. 389-399.
- MESA MARRERO, C., “Criterios jurisprudenciales sobre el derecho de desistimiento del consumidor en la Ley de Viajes Combinados”. *Principal, 2006 (Especial Coloquio) NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*. Document.php?id=232.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “La transmisión de la propiedad y la autonomía privada”, *Diario La Ley*, núm. 7765, 29 de diciembre de 2011.
- MIRANDA SERRANO, L. M., *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid, 2001.
- MIRANDA SERRANO, L.M.; PAGADOR LOPEZ, J., “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente”, en *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, págs. 77-92.
- MIRANDA SERRANO, L.M., “El desistimiento del consumidor en la contratación fuera de los establecimientos mercantiles: fundamentación y disciplina”, *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 5, 2009, págs. 290-311.
- MIRANDA SERRANO, L.M., “El interés público del deber de informar al consumidor del desistimiento negocial. A propósito de la STJUE y la SAP Salamanca en el asunto Martín Martín/ EDP Editores S.L.”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, (Coord. PILOÑETA ALONSO, L.M., IRIBARREN BLANCO, M.), Cizur Menor, 2011, págs. 475-494.

- MIRANDA SERRANO, L.M., “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 11, 2012, págs. 77-133.
- MIRANDA SERRANO, L.M., “Claves de la regulación del desistimiento negocial en la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores, en *Estudios de Derecho Mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* (PETIT LAVALL, M.V., coord.; CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUERTES, J., ALONSO ESPISONA, F.J., GALLEGRO SÁNCHEZ, E., dir.), Valencia, 2013, págs. 1181-1207.
- MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Cuarta edición, Madrid, 2002.
- MORAIS CARVALHO, J., “La protección de los consumidores en la Unión Europea: ¿mito o realidad?”, *Criterio Jurídico*, nº 6, 2006, pág. 234-266.
- MORALES MORENO, A.M., “Comentario al art. 1265”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-B (Artículos 1261 a 1280 del Código Civil), Madrid, 1993.
- MORALES MORENO, A.M., “Claves de la modernización del Derecho de obligaciones”, *Diario La Ley*, núm. 7765, 29 de diciembre de 2011.
- MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E.: “Contratación electrónica de operaciones crediticias”, *Diario La Ley*, nº 5204, 13 de diciembre de 2000.
- MORENO LISO, L., “Nuevas soluciones para la protección del consumidor frente a los contratos bancarios”, *Diario La Ley*, núm. 7514, 22 de noviembre de 2010.
- MORENO QUESADA, “La protección del consentimiento contractual hoy”, *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coord. LLAMAS POMBO, E.), Tomo II, Madrid, 2006, págs. 449-462.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.L., “Derecho de arrepentimiento y régimen de riesgos”, Comunicación presentada en el Congreso Internacional sobre la reforma del Derecho Contractual y la protección de los consumidores, celebrado en Zaragoza en noviembre de 1993.

- MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: “Arras, opción de compra e interpretación del contrato”, *Diario La Ley*, nº 7821, 20 de marzo de 2012.
- MULLOR GÓMEZ, L., PEÑA CUENCA, I., “La nueva regulación y el crédito a la vivienda”, *Cuadernos Económicos*, ICE, núm. 90, págs. 233-253.
- MUNAR BERNAT, P.A., “La Directiva sobre contratos a distancia en materia de servicios financieros”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* / coord. CABANILLAS SANCHEZ, A., Vol. 2, 2002 (Derecho civil, derecho de obligaciones), págs. 1189-1200.
- MUNAR BERNAT, P.A., “Estudios sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, octubre de 2009.
- MUÑOZ GARCIA, A., “Crédito al consumo”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, págs. 793-837.
- MUÑOZ GARCÍA, C., “Particularidades del desistimiento unilateral en el contrato de obra inmobiliaria. Derecho civil y Derecho administrativo”, *Diario la Ley*, nº 6814, 6 de noviembre de 2007.
- NAVAS CASADO, S., “Ley de ordenación del comercio minorista: contratos a distancia”. Documento de la Asociación Española de Derecho de la Propiedad.
- NOVAL LAMAS, J. J., “El derecho de información en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 126, 2012, págs. 215-245.
- NOVAL LAMAS, J.J., “Actuaciones de las entidades de crédito ante la crisis económica: el código de buenas prácticas aprobado por R.D. Ley 6/2012, de 9 de marzo”, en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Tomo XXIII, 2013, págs. 167-211.
- NOVAL LAMAS, J.J., “La protección del consumidor en la contratación a distancia de servicios financieros”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Núm.

Extraordinario 1/2014 (ejemplar dedicado a La Protección de consumidores y usuarios en la contratación bancaria), págs. 101-124.

- NOVAL LAMAS, J.J., “La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores y el derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino* (Coord. MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LOPEZ, J., PINO ABAD, M.), Madrid, 2015, págs. 357-366.
- OCHOA ARRIBAS, C., “Principales aspectos de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 17/2008, 2 (Versión electrónica).
- OLIVA BLAZQUEZ, F., Comentario al art. 1256, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 605-610.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “Concepto de Derecho Mercantil”, en *Lecciones de Derecho Mercantil* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., DÍAS MORENO, A., Coord.), 16ª Ed., Madrid, 2013, págs. 39-51.
- ONTIVEROS RODRIGUEZ, F. y MORA LORENZO, C., “La contratación electrónica”, *Diario La Ley*, núm. 5730, 3 de marzo de 2003.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, Madrid, 2000.
- PACHECO CAÑETE, M.: “La protección del consumidor una vez perfecto el contrato en las ventas de productos a distancia a través de internet”, *Diario La Ley*, nº 5184, 15 de noviembre de 2000.
- PACHECO JIMÉNEZ, M.N., “El imparable avance de los nuevos medios de pago”, *Publicaciones jurídicas*, www.uclm.es/centro/cesco (consultada 02/02/2016).
- PALÁ LAGUNA, F., “Contratación de fondos de inversión a través de internet en el mercado único de la Unión Europea”, en la obra colectiva *Derecho de Internet* (coord. MATEU DE ROS, R y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M.), Madrid, 2000.

- PANIZA FULLANA, A., “La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010: algunos aspectos relativos a la protección del consumidor en la contratación de servicios turísticos en internet”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2011, BIB 2010\3265.
- PARICIO SERRANO, F.J., *Contrato: la formación de un concepto*, Cizur Menor, 2008.
- PARRA LUCÁN, M.A. (coord.), *Cuaderno II. Eficacia e ineficacia del contrato*. Madrid, 2010.
- PASA, B., “Primeras reflexiones sobre el *Codice del consumo* italiano”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, 2007, fasc. III, págs. 1307-1317.
- PASQUAU LIAÑO, M., “Ventas a distancia”, en *Comentario a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (Dir. BELTRAN SANCHEZ, E., PIÑAR MAÑAS, J.L., dir.), Madrid, 1997, págs. 297-363.
- PASQUAU LIAÑO, M., *Código Civil y ordenamiento jurídico (Otra reflexión sobre el devenir del Derecho Civil)*, Granada, 1994.
- PEINADO GRACIA, J.I., “El pretendido «Derecho de los consumidores» y el sistema”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 224, 1997, págs. 797-856.
- PEINADO GRACIA, J.I., “Las obligaciones mercantiles: su régimen en el Derecho español”, en *Derecho Mercantil* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., coord.), Vol. II, 14ª Ed., Madrid, 2010, págs. 217-230.
- PELAYO, R.C., “El concepto de orden público y la anulación de laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, núm. 8568, 24 de junio de 2015.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., “Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”, *Derecho de los negocios*, núm. 209, Febrero de 2008, págs. 5-34.
- PÉREZ CARRILLO, E.F., “Las disposiciones generales de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2151, Febrero de 2013, págs. 1-22.
- PÉREZ CONESA, C., “Contratación electrónica (contratación celebrada por medios telemáticos)”, *Aranzadi Civil*, núm. 20, 2002.
- PÉREZ CONESA, C., “Improcedencia del cobro de comisión por cancelación ante la extinción de contrato concertado con entidad bancaria.

Interpretación de los contratos. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2013, BIB 2013\655.

- PÉREZ GARCÍA, P., “Notas sobre la Ley de Crédito al Consumo”, *Anales de Derecho*, nº 16, 1998, págs. 367-392.
- PÉREZ HEREZA, J., SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, J., MARQUÉS MOSQUERA, C., “Límites a la autonomía de la voluntad en el Derecho Patrimonial”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (PRATS ALBENTOSA, L., Coord. Gral), Tomo III-1, Madrid, 2012, págs. 429-535.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., “El proceso de modernización del Derecho contractual europeo”, Madrid, 2014.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “La contratación en el mercado de valores”, en *Derecho Mercantil, Vol. II*, (coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), 14ª Ed., Madrid, 2010, págs. 355-398.
- PINO ABAD, M., “La protección jurídica del comprador en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles”, *Diario La Ley*, núm. 5228, 18 de enero de 2001.
- PINO ABAD, M., SERRANO CAÑAS, J.M., “La incorporación de la Directiva 2011/83/UE al Derecho español y su incidencia en la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles”, *Diario La Ley*, núm. 8424, 19 de noviembre de 2004.
- PINOCHET OLAVE, R., *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Madrid, 2001.
- PORFIRIO CARPIO, L.J., *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Madrid, 2002.
- PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil español, Tomo IV. Contratos*, 2ª Ed., Pamplona, 1972.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.C., “Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 2, 2003, versión electrónica.

- QUINTANS EIRAS, R., “Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Dir. CÁMARA LAPUENTE, S.) Madrid, 2011, págs. 1843-1863.
- QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al art. 1256”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993.
- REDONDO TRIGO, F., “De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *Anuario de derecho Civil*, núm. LXIII, 2010, Fasc. IV, págs. 1643-1682.
- REQUEIXO SOUTO, X.M., “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, *Actualidad Civil*, núm. 13, 2009 (versión electrónica).
- REVERTE NAVARRO, A., “Comentario al art. 1255”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Tomo XVII, Vol. I-A (Artículos 1254 a 1260 del Código Civil), Madrid, 1993.
- REYES LOPEZ, M.J., “La protección de los derechos de los consumidores y usuarios en la actualidad”, en la obra colectiva *Derecho Privado de Consumo* (coord. REYES LOPEZ, M.J.), Valencia, 2005.
- REYES LÓPEZ, M.J., “Aspectos básicos de la Directiva 2014/17/UE”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 5, agosto 2016, págs. 411-432.
- RICO CARRILLO, M., “La protección del consumidor en internet: una referencia al Derecho comunitario europeo”. Puede consultarse en “http://www.frcu.utn.edu.ar/deptos/depto_3/32JAIIO/sid/SID_11.pdf”.
- RICO CARRILLO, M., “La protección del consumidor en la contratación electrónica de servicios financieros”, en *Derecho de los Negocios*, número 235, Abril 2010, págs. 5-26.

- RICO CARRILLO, M., “El derecho de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros”, en *Revista de Contratación Electrónica*, número 108, Octubre 2009, págs. 4-28.
- RICO CARRILLO, M., “La protección de los consumidores en la contratación de seguros a través de Internet”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, nº 8, 2006, págs. 133-150.
- RICO CARRILLO, M., “La protección de los consumidores en las transacciones electrónicas de pago”, *Revista Electrónica de Estudios Telemáticos*, volumen 6, edición nº 3, 2007, págs. 33-49.
- RICO CARRILLO, M., “La regulación del contrato de emisión de tarjetas en la normativa sobre servicios de pago”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 112, marzo 2011, págs. 3-26.
- RIEFA, Christine, “Contratos electrónicos con consumidores: recientes problemas legales”, en *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico (Actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, TOMILLO URBINA, J. Dir., ALVAREZ RUBIO, J. Coord., Cizur Menor, 2011, págs. 313-345.
- RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Cizur Menor, 1995.
- RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Cizur Menor, 2002.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., YBARRA BORES, A., “La armonización del crédito hipotecario en la Unión Europea”, *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, nº 5, 2011, págs. 115-148.
- RODRIGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., “Sobre la cláusula penal en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, nº 2, 1993, págs. 511-588.
- ROJO ALVAREZ-MANZANEDA, C., “El principio de homogeneidad operativa del mercado de valores y las entidades de crédito”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, num. 118, abril-junio 2010, págs. 41-77.
- ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2003.

- ROSAS CERVANTES, A., *El Sistema Nacional de Compensación Electrónica*, Banco de España, Servicios de Estudios, Estudios Económicos, nº 44, Segunda Edición Actualizada, 1995.
- ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, nº 1, 1949, págs. 54-70.
- RUBIO TORRANO, E., “Competencia autonómica en Derecho Civil”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2011, BIB 2011\507.
- RUBIO TORRANO, E., “Sobre la interpretación y alcance de la directiva relativa a los contratos de crédito al consumo”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2012, BIB 2012\3308.
- RUBIO TORRANO, E., “Nueva Directiva sobre los derechos de los consumidores”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2012, BIB 2012\27.
- RUIZ MUÑOZ, M., “Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal (algunos presupuestos metodológicos)”, *Estudios sobre Consumo*, nº 39, 1996, págs. 10-33.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., “El desistimiento ad nutum en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2008.
- SALAS CARCELLER, A. (Coord.), *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*. Tomo II. Madrid, 2009.
- SALAS CARCELLER, A., “La ineficacia obligacional de la promesa de donación”, *Repertorio de Jurisprudencia, parte Comentario*, nº 17/2008. Versión electrónica.
- SÁNCHEZ ASIAÍN, J.A., *Reflexiones sobre la banca. Los nuevos espacios del negocio bancario*, Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. José Angel Sánchez Asiaín y contestación del Excmo. Sr. D. Enrique Fuentes Quintana, Sesión del 26 de mayo de 1987, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1987.
- SÁNCHEZ CALERO, F., “Aspectos generales de la contratación a distancia del seguro”, *Foro Galego: revista xurídica*, nº 198, 2008, págs. 187-216.
- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Doctrina jurisprudencial sobre productos financieros complejos: la Sentencia de la Sala Primera del

- Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 118, abril-junio 2010, págs. 259-267.
- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Tarjetas de crédito y tutela del consumidor”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 98, 2005, págs. 83-120.
 - SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C., “La autonomía de la voluntad en la configuración estatutaria de las sociedades de capital”, *Diario La Ley*, núm. 7714, 13 de octubre de 2011.
 - SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., “La venta de consumo en el proyecto de Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, 2011, fasc. III.
 - SARAZÁ JIMENA, R., “La crisis del derecho privado codificado y el paso al nuevo derecho privado del tráfico económico: El derecho del consumo”, *Jueces para la democracia*, Nº 14, 1991, págs. 36-49.
 - SARAZÁ JIMENA, R., *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, tesis doctoral no publicada, accesible en www.dialnet.unirioja.es.
 - SCHULZE, R., “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LIX-1, Enero 2006, págs. 29-58.
 - SECO CARO, E., “Compraventas especiales y contratos afines en el Derecho Mercantil”, en *Derecho Mercantil*, (coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), Vol. II, 14ª Ed., Madrid, 2010, pág. 339-354.
 - SERNA GÓMEZ, F. J., “Contratación bancaria e Internet”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 20, 2004, págs. 41-74.
 - SERRA RODRIGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 25, 2011, págs. 19-33.
 - SERRA RODRIGUEZ, A., “El derecho de desistimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación* (PLAZA PENADES, J. Dir.), Cizur Menor, 2013, págs. 231-259.
 - SERRANO CAÑAS, J.M., “La nueva caracterización legal de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles proveniente de la

Directiva 2011/83/UE: ¿la superación del elemento sorpresivo?”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio (Ponencias y Comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sáinz de Andino)*, (Coord. MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J, PINO ABAD, M.), Madrid, 2015, págs. 189-201.

- SERRANO CASTRO, M. D., “Comentarios al anteproyecto de ley sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles”, *Diario La Ley*, nº 7719, 20 de octubre de 2011.
- SERRANO GIL DE ALBORNOZ, F., “Directiva sobre ventas a distancia y propuesta de directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en la obra colectiva *Derecho de Internet* (coord. MATEU DE ROS, R y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J. M.), Madrid, 2000, pág. 281-321.
- SERRANO SANTAMARÍA, A.: “La resolución unilateral del contrato de distribución indefinida: preaviso e indemnizaciones. Comentario a la sentencia del TS de 15 de marzo de 2011”, *Revista de Derecho Patrimonial* nº 27, 2011, BIB 2011\1266.
- SERRANO VILLAFANE, E., “Aportación del Derecho Natural al Derecho Positivo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 12, 1966, págs. 297-328.
- SERRANO VILLAFANE, E., “Lo permanente y lo histórico en el Derecho natural”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 8, 1981, págs. 181-194.
- SILVA SANCHEZ, A., “La autonomía de la voluntad como generadora de contratos en el marco del Derecho Privado comparado: el consentimiento”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 19-20, 2001-2002, pág. 343-361.
- SIRVENT GARCIA, J., “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, págs. 67-92.
- SIRVENT GARCÍA, J., “El desistimiento del consumidor en los contratos a distancia de servicios financieros”, en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 507-529.

- TAMBUSSI, C.E., “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, *Lex*, nº 13, 2014, págs. 89-112.
- TAPIA HERMIDA, A.J., *Manual de Derecho del mercado financiero*, 1ª Ed., Madrid, 2015.
- TAPIA SÁNCHEZ, M. R., “La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 96, 2009, pág. 29-65.
- TIRADO SUÁREZ, F.J., “Capítulo 81, Los seguros de personas”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *Derecho Mercantil*, Vol. II, 14ª Ed., Madrid, 2010, págs. 781-817.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G., “Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, mayo-agosto 2012, págs. 543-571.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G., GÓMEZ URQUIJO, L., “La protección al cliente bancario en el nuevo marco de gobernanza financiera europea. Breve comentario a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Diario La Ley*, nº 7842, 20 de abril de 2012.
- URÍA FERNÁNDEZ, F., “La comercialización a distancia de servicios financieros: los servicios de banca minorista”, en *Derecho del sistema financiero y tecnología*, (Dir. MADRID PARRA, A.; Coord., GUERRERO LEBRON, M.J. y PEREZ RODRIGUEZ, A.M.), Madrid, 2010, pág. 167-176.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo, 2013, Vol. 5, nº 1, págs. 199-216.
- VAQUERO PINTO, M.J., “El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida”, *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, Madrid, 2006. pág. 897- 914.

- VAZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 4 (octubre-diciembre 2015), págs. 65-94.
- VÉLEZ FRAGA, M., GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, L., “La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 43, 2016, págs. 85-89.
- VERDERA SERVER, R., Comentario al art. 1091, en *Código Civil comentado. Volumen III*, (CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Dir.), Cizur Menor, 2011, pág. 43-48.
- VICENTE GARCIA, D., “La Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005: un nuevo paso hacia la protección del consumidor”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 12, 2005, págs. 71-74.
- VIDAL PORTABALES, J.I., *Sociedad de la información y empresa*, Granada, 2010.
- VIERA GONZALEZ, A.J., “Comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores”, en la obra colectiva *La contratación bancaria* (Coord. GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTIN, A.J.), Madrid, 2007, págs. 145-194.
- VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P., “Una propuesta de técnica normativa relativa al preámbulo de las leyes”, *Diario La Ley*, núm. 8055, 4 de abril de 2013.

INDICE

CAPITULO I.- LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS DESTINADOS A LOS CONSUMIDORES: LA LEY 22/2007, DE 11 DE JULIO.

I.1. Introducción. Objeto del trabajo y metodología.....	pág. 4
I.2. El Derecho del comercio electrónico, como punto de partida de la Ley 22/2007.....	pág. 12
I.2.1. Los principios de equivalencia funcional y de no discriminación...	pág. 16
I.2.2. El principio de neutralidad tecnológica.....	pág. 21
I.2.3. El principio de inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos.....	pág. 22
I.2.4. El principio de buena fe.....	pág. 29
I.2.5. El principio de libertad de pacto.....	pág. 31
I.3. El llamado <i>Derecho del Consumo</i> como marco en el que se inserta la Ley 22/2007.....	pág.34
I.4. Antecedentes normativos de la LCDSFC.....	pág. 42
I.4.1. La Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.....	pág. 42
I.4.2. La Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.....	pág. 51
I.4.3. La trasposición en España de las Directivas comunitarias.....	pág. 58
I.5. El <i>iter</i> legislativo de la Ley 22/2007.....	pág. 64
I.5.1. El dictamen del Consejo de Estado.....	pág. 64

I.5.2. Tramitación parlamentaria de la ley.....	pág. 66
I. 6. La Ley 22/2007, una ley estatal y especial.....	pág. 73
I.6.1. Una ley estatal.....	pág. 73
I.6.2. Una ley especial.....	pág. 81

CAPITULO II.- EL DESISTIMIENTO UNILATERAL EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS.

II.1.La autonomía de la voluntad: configuración y evolución histórica.....	pág. 88
II.1.1. Autonomía de la voluntad, autonomía privada o libertad de contratación.....	pág. 90
II.1.2. Origen y evolución histórica del principio de autonomía de la voluntad.....	pág. 92
II.1.2.1. La autonomía de la voluntad en el Derecho Romano.....	pág. 93
II.1.2.2. El principio de autonomía de la voluntad durante la Edad Media.....	pág. 99
II.1.2.3. La Edad Moderna y la etapa de la Codificación.....	pág. 103
II.1.3. Entronque constitucional del principio.....	pág. 109
II.1.4. Contenido del principio de autonomía de la voluntad.....	pág. 112
II.1.4.1. Libre conclusión o celebración del contrato (auto-decisión).....	pág. 113
II.1.4.2. Libertad para la determinación del contenido del contrato (auto-regulación).....	pág. 114
II.1.4.3. Fuerza vinculante del contrato (auto-obligarse).....	pág. 115

II.2. El reconocimiento y la regulación del principio de autonomía de la voluntad en el Código Civil.....	pág. 116
II.2.1. La regla general: <i>pacta sunt servanda</i>	pág. 116
II.2.2. Límites de la autonomía de la voluntad.....	pág. 125
II.2.2.1. Los límites establecidos en el art. 1255 del Código Civil.....	pág. 128
II.2.2.2. Los límites de la autonomía contractual mercantil en el ámbito de los contratos con consumidores y usuarios.....	pág. 146
II.2.2.3. La eficacia horizontal de los derechos como límite a la autonomía de la voluntad.....	pág. 151
II.2.3. El art. 1256 del Código Civil y la voluntad unilateral como causa de extinción de los contratos.....	pág. 155
II.2.3.1. El enigmático art. 1256 del Código civil.....	pág. 155
II.2.3.2. El principio general favorable a la extinción unilateral de las relaciones jurídicas <i>ad nutum</i>	pág. 162
II.2.3.2.1. El contrato de obra.....	pág. 164
II.2.3.2.2. El contrato de mandato.....	pág. 167
II.2.3.2.3. El contrato de sociedad.....	pág. 172
II.2.3.2.4. El contrato de depósito.....	pág. 175
II.2.3.2.5. La donación.....	pág. 177
II.2.3.2.6. El desistimiento en relaciones laborales de carácter especial.....	pág. 181
II.2.3.2.7. Otros supuestos de desistimiento en leyes especiales.....	pág. 183
II.2.3.2.8. Recapitulación.....	pág. 185

II.3. La introducción del desistimiento en la normativa de protección de consumidores resultante de la transposición de Directivas comunitarias.....	pág. 192
--	----------

CAPITULO III.- EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS PARA CONSUMIDORES: SU RÉGIMEN JURÍDICO.

III.1. Introducción.....	pág. 201
III.2. Fundamento jurídico.....	pág. 201
III.3. Naturaleza jurídica.....	pág. 212
III.4. Elementos personales del derecho de desistimiento.....	pág. 217
III.4.1.El consumidor como titular del derecho de desistimiento.....	Pág. 218
III.4.2. El empresario como sujeto frente a quien se ejercita el derecho de desistimiento.....	pág. 230
III.5. Plazo de ejercicio del derecho de desistimiento.....	pág. 247
III.6. Forma de ejercicio del derecho de desistimiento.....	pág. 262
III.7. El “requisito” de la buena fe en el ejercicio del derecho de desistimiento...	pág.269
III.8. Supuestos excluidos del derecho de desistimiento.....	pág. 278
III.9 Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento.....	pág. 288
III.9.1. Efecto liberatorio.....	pág. 289
III.9.2. Efectos restitutorios.....	pág. 292
III.9.3. Contratos vinculados.....	pág. 296
III.10. El derecho de rescisión del contrato.....	pág. 297

CAPITULO IV. DESARROLLOS POSTERIORES DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO. EL FUTURO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO.

IV.1. Introducción.....	pág. 300
-------------------------	----------

IV.2. El derecho de desistimiento en los créditos al consumo.....	pág. 301
IV.3. El desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.....	pág. 312
IV.4. El desistimiento en los créditos hipotecarios.....	pág. 324
IV.5. Propuestas de regulación en otros ámbitos: Marco Común de Referencia, Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea, Propuesta de modernización del Código Civil, Anteproyecto de Código Mercantil en España.....	pág. 334
IV.5.1. El Marco Común de Referencia.....	pág. 334
IV.5.2. La Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea.....	pág. 340
IV.5.3. La propuesta de modernización del Código Civil.....	pág. 343
IV.5.4. La propuesta de Código Mercantil.....	pág.350
IV.6. El futuro del derecho de desistimiento.....	pág. 353
V. CONCLUSIONES.....	pág. 357
VI. ANEXOS	
- RESEÑA NORMATIVA	pág. 365
- RESEÑA JURISPRUDENCIAL	pág. 376
- RESEÑA BIBLIOGRÁFICA.....	pág. 380
- ÍNDICE	pág. 418